نظام الأسرة عند غير المسلمين

للدكتور

عبد الله مبروك النجار
أستاذ القانون المدني بجامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية
محام بالنقض

الطبعة الثانية
٢٠٠٣ - ٢٠٠٤م

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت القاهرة



قال الله تعالي :

﴿ وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء

على الناس ويكون الرسول عليكم شهيداً ﴾

" سورة البقرة من الآية ١٤٣ "

صدق الله العظيم

مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، سيدنا محمد بن عبد الله الرحمة المهداة والنعمة المسداة ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن سار على منوال شريعته واتبع منهاج دينه إلى يوم الدين ، وبعد .

فإنه لمن تمام فضل الله علىّ ، وتوفيقه لي ، أن أعانني على إخراج الطبعة الثانية من كتاب : " نظام الأسرة في الشرائع الدينية " ، بعد أن كانت طبعته الأولى قد صدرت في السادس من أكتوبر سنة ٢٠٠١م،على عجل اقتضته ضرورة إخراج الكتاب في الموعد الذي يتمكن الطلاب فيه من مراجعة المادة ، بعد أن تقرر الأخذ بنظام الفصلين الدراسيين ، واقتضى ذلك أن يتم الانتهاء من تدريس المواد المقررة في كل فصل دراسي خلال ثلاثين أسبوعاً تقريباً ، أو ثلاثة أشهر يكون الطالب قد أتم دراسة المادة فيها ، وأصبح مستعداً لدخول الامتحان وتحقيق ما يرجوه من نجاح ، وفي مثل تلك المدة القصيرة ، لا تكون هناك فسحة لإخراج المادة بالشكل المناسب ، وإن كان من الممكن إخراجها بالشكل الملائم ، وهذا ما كان ؛ فخرج الكتاب في حينه متضمناً كثيراً من مفردات المنهج في المادة ، وكانت بما قدمت به كافية لإفادة الطلاب وتكوين ملكة الاستيعاب عندهم للموضوعات التي تضمنتها ، ومساعدتهم على البحث في المسائل التي تدخل فيها ولم ترد نصاً بين دفتى الكتاب ، بيد أن ذلك الإخراج الملائم مع ضغط الوقت ، والأخذ بنظام الفصل الدراسي لم يساعد على استكمال كل موضوعات المقرر ، فصدر الكتاب مشتملاً على أربعة

أبواب من خمسة ، أولها : هـو الباب التمهيـدي الذي يأتلف من ثلاثة فصول ، خصص أولها : لتحديد المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية ، وثانيها : لشروط تطبيق الشرائع الدينية على غير المسلمين ، وثالثها : لبـيان مصـادر الشـرائع الدينية غير الإسلامية ، وأما الأبواب الثلاثة التالـية، فقد خصص الأول منها لبيان مقدمات الزواج ، وثانيها : لانعقاد الزواج ، وثالثها : لآثار الزواج ، ولم يتسن إتمام الباب الرابع المخصص لبـيان انحـلال الزواج ، إضافة إلى ما انطوت عليه الطبعة السابقة من بعض الأخطاء الإملائية التي غافلت عين التصويب ، وتفلتت منها ، رغم شـدة الحـرص ، وتكرار المراجعة ، وهذا يدل على أن النقص من طبع البشر ، وأنه وارد في أفعالهم مهما حاولوا تلافيه ، فالحمد لله الذي رفع عـنا إثـم الخطأ والنسيان ، وجعل للمجتهد إذا أخطأ أجراً ، وإذا أصاب أجريـن ، ورزق الباحثين من يستدرك عليهم الهنات ، ويتجاوز لهم عن الهفـوات ، كمـا لم يتسن الكلام بشكل أوفى عن آثار البطلان عند غير المسـلمين ، سـيما مـا يتعلق بتصحيح العقد الباطل ، فصدرت الطبعة الماثلة، وهي تأخذ بحسبانها تلافي ذلك القصور ، وتحرص على استدراك ذلـك النقص ، حتى أصبح الكتاب في صورته التي يطالعها القارئ الآن صـالحاً لتزويد الطالب والباحث بالمبادئ العلمية الصحيحة ، والمتكاملة في مفردات المقرر وبالمستوى المناسب الذي لم يتيسر الوصول إليه في الطـبعة السالفة ، حتى شمل التعديل شكل الكتاب واستطال إلى عنوانه ، فأصـبح : " نظـام الأسـرة عند غير المسلمين " ، وتم استكمال ما كان ناقصـاً في باب تصحيح الزواج في حالة العقد الباطل ، وذلك في المطلب الثاني من المبحث الخامس من الفصل الثاني للباب الثاني ، كما تم إضافة بـاب كـامل عـن انحلال الزواج ، احتوى – بفضل الله – جل المسائل

المتعلقة بهذا الموضوع ، وتم تقديم مسائله في إطار خطة منهجية جديدة تساعد الطالب والباحث على إدراك معانيها بيسر وسلاسة ، حيث تم تقسيم أسباب انحلال الزواج إلى أسباب غير إرادية كالموت ، والغيبة ، وأسباب التطليق والانفصال الجسماني ، وإلى أسباب إرادية كالطلاق عند اليهود ، والخلع الذي يسري على غير المسلمين ، إذا ما انعقد الاختصاص التشريعي للشريعة الإسلامية عند اختلاف المتخاصمين من غير المسلمين في الديانة ، والملة والطائفة ، وقد انطوى تقديم الخلع على المبادئ والأسس الفقهية التي صدر في ضوئها ، وما تم من مناقشات بشأنه في مجمع البحوث الإسلامية ، حتى ليمكن القول إن الكتاب – على حالته الآن – قد جمع بين الأصالة في الأحكام التقليدية لموضوعاته ، وبين المعاصرة في الموضوعات التي انطوى عليها تغيير تشريع الأحوال الشخصية بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، لصالح المرأة سواء كانت مسلمة أم غير مسلمة .

وفي نظرنا أن تدريس موضوعات تلك المادة لطلاب الشريعة الإسلامية ، والدراسات الإسلامية على وجه العموم ، يعتبر مفيداً إلى حد كبير ، لأنه يتيح للطالب قدراً كبيراً من الأفكار الفقهية في موضوع العلاقات الأسرية ذات الأهمية البالغة في حياة الفرد والجماعة ، ويساعد على تشكيل ملكته الفقهية التي يكون بها قادراً على المقارنة والموازنة بين أحكام الشرائع الإسلامية في الموضوع الواحد ، وهذا مما يساعد على إدراك ما يحتوي عليه التشريع الإسلامي من محاسن ومميزات تدل على أبديته وتبرهن على صلاحيته لحكم تصرفات الناس في كل زمان ومكان وإلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

أدعــو الله تبارك وتعالى أن يجعل عملنا هذا خالصاً لوجهه ، وأن يجعله مفــيداً للمســلمين وغــير المسلمين ، ولطلاب العلم في مشارق الأرض ومغاربهــا بغــض الــنظر عن عقيدتهم أو جنسهم ، أو بلدهم ، وأدعوه سبحانه أن ينفع به إنه سميع قريب مجيب الدعاء ، هذا وبالله التوفيق .

تحريراً في ٢٠٠٣/٨/٨م

أ. د. عبد اللــــه النجار
أستاذ القانون المدني بجامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية
بالأزهر الشريف

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، سيدنا ونبينا محمد بن عبد الله الرحمة المهداة والنعمة المسداة ، الذي أكمل الله لنابه الدين وأتم علينا النعمة ، فقال سبحانه : " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً " [1] ، وبعد

فإن الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع بدونها لا تستقيم حياته،ولا يستقر وجوده ولا يرجى له بقاء ، فهي الوعاء الذي يجد الإنسان فيه ذاته ، ويشعر بكيانه وينعم بأنس الاجتماع وكمال الألفة ، وهي الحرث الذي ينبت فيه النشء وتنشأ منه الذرية ، ويكتمل فيه النمو ، فيخرج الأبناء منه إلى المجتمع عاملين مجدين ومحبين نافعين ، فتستمر المسيرة ويمتد التاريخ وتبقى الحياة .

الأسرة – إذن – هي أساس الحياة ومصدر البقاء وسر الاستقرار والرقي والازدهار ، وبدونها يشعر الإنسان بالضياع ، ويحس بالصغار ويعاني من الحرمان والهوان ، ولهذا كانت محل اهتمام التشريعات السماوية منذ أن خلق الله الإنسان وإلى أن تقوم الساعة ، ولم يكن اهتمام تلك التشريعات بالأسرة اهتماماً عارضاً ، كما لم تكن رعايتها لها رعاية ناقصة، فتعهدت بالحكم الواضح تكوينها منذ لحظة التفكير فيها واختصتها دون بقية الارتباطات الأخرى بمقدمة لازمة قبل إبرام العقد المنشئ لها تسمى الخطبة ، وهي تمثل فترة التعارف والتآلف الذي يعطي كلا من الذكر والأنثى دافع اللقاء ، ومبرر الارتباط ، فجعلت لتلك الفترة أحكاما تترتب عليها ، وآثارا تنشأ عنها ، إذا اكتملت ، فإنها تؤدي إلى الارتباط وتوصل إلى المقصود .

---

(١) سورة المائدة – من الآية ٣ .

وأما العقد المنشئ لتلك الأسرة ، فقد حظي بالاهتمام الأكبر والرعاية الأوفى من تشريعات السماء ، وليس أدل على ذلك مما حظي به في التشريع الخاتم الذي سماه بالميثاق الغليظ ، وذلك في قول الله تعالى : " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثما مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً " [1] ، ومن ثم فقد سماه الله في الكتاب المهيمن على كافة ما نزل من السماء ، بالميثاق الغليظ إعلاء لشأنه وبياناً لرفعته وحثاً لأطرافه على احترامه ورعايته ، وهذا الاهتمام بعقد الزواج لم يكن اهتماماً شكلياً يعنى بالمظهر دون المخبر أو بالمبني دون المعنى ، بل جاء اهتماماً شاملاً ودقيقاً يشمل المضمون مع المبنى والمظهر مع المخبر ، وحظي بتنظيم أحكام تلك الشرائع منذ لحظة انعقاده مبيناً شروط ذلك الانعقاد وأركانه ، وما يترتب عليه من آثار وتطرقت تلك الأحكام إلى أدق تفصيلات الحياة الخاصة بين الزوجين وما يجب في ذمة كل منهما تجاه الآخر من الحقوق المتبادلة والواجبات المرتبطة ، مع التوجيه بحسن العشرة وإخلاص المعاملة ، فإذا ما دب الفتور إلى المشاعر أو تطرق الخلاف إلى الزوجين نجد تلك الأحكام حاضرة في مجالس الخلاف ، وعند احتدام النزاع تبين طريق النجاة وترسم معالم الإصلاح ، مع رعاية حقوق الأبناء ، وضمان النشأة السليمة لهم .

وإذا ما حدث مكروه وكان لابد مما لابد منه وهو الطلاق حين يتحتم ، والفراق حين يتعين ، فإن تلك الأحكام تبين وضعه وتنظم آثاره بحيث لا يؤثر في مستقبل حياة الطرفين على نحو يحرم كلاً منهما من الاستمتاع ببقية عمره ، أو يفقده القدرة على استمرار الحياة بأسلوب هادئ يعيد

---

(١) سورة النساء – الآيتان ٢٠ ، ٢١ .

الاتزان المفقود ويصلح الهزة النفسية التي حدثت ، ويلم شعث ذلك التمزق النفسي الذي أصاب كلاً من الطرفين أو أحدهما عند الطلاق ، مع بيان ما يترتب عليه من الآثار المالية أو غير المالية ، سيما ما يتعلق بحضانة الصغار ونفقتهم والولاية عليهم بما يعوضهم حنان الأسرة التي تصدعت ونظامها الذي هوى .

ومع اتفاق الشرائع كلها على الاهتمام بالأسرة في كافة المراحل تكويناً واستمراراً وبقاء ونهاية ، إلا أن منهج كل منها مختلف في التفصيلات والفروع التي توصل إلى المقصود من وجود الأسرة ورعايتها وحمايتها .

وفي الجملة ، وعلى تفصيل أوفى في تلك الدراسة ، نجد أن ثمة مغايرة واضحة بين الشرائع اليهودية والمسيحية في أحكام الأسرة ونظامها ، وهذا التغاير قد يصل في معظم بنوده إلى حد التناقض ، فالتعدد مباح عند اليهود بلا قيد ولا شرط ولا عدد طالما أن الزوج قادر على الإنفاق ، وهو ممنوع عند المسيحيين منعاً يكاد يكون تاماً لا هوادة فيه ولا استثناء عليه ، والطلاق محرم عند المسيحيين إلا في حالات استثنائية ، وهو مباح عند اليهود دون محظورات دينية .

وحقوق المرأة لدى اليهود تكاد تكون فضلاً ومنة ، وحسب المرأة عندهم من زوجها كسرة خبز وشربة ماء وثوب يسترها وظل حائط يؤويها ، وهي عند المسيحيين تمثل حقاً وعدلاً يستوفى بالقسط ويقبض بالكيل الأوفى ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بولاية الإجبار في كلا الشريعتين .

وعند اليهود لا يجوز للمرأة أن تطلب التطليق لعجز الزوج عن إيفاء الحقوق سيما ما يتصل بمقاصد النكاح وغاياته ، وهذا الحكم مختلف عند المسيحيين ، وهكذا نجد ذلك التباين قائماً في الجملة ، وملحوظاً منذ أول وهلة ، ولا شك أن دراسة تلك الأحكام تفيد إلى حد كبير في الوقوف على

ما تتميز به الشريعة الخاتمة من توسط واعتدال يصوره قول الله تعـــالى : "وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على النـــاس ويكــون الرســول عليكم شهيدا " [١] فهذه الوسطية تبدو بصورة واضحة من خلال دراسة فقـه الأسرة لدى شرائع غير المسلمين .

ويكفي لبيان ذلك أن نعرف موقف الإسلام في أحد تلك القضايا ذات الصلـة المؤثرة في قيام الأسرة وبقائها ، وهي قضية التعدد لندرك وسطية الإســلام واعتداله فيها ، ومن ثم في غيرها .

فإذا كانت اليهودية تبيحه بلا شرط ولا قيد ، والمسيحية تمنعه بـــلا حـد ، فإننا نجد أن الإسلام ينظمه تنظيما يجعل آثاره لا تؤثر ســلبا علــى قيــام الأسرة ووجودها ، فهو مباح في الإسلام ، لكن تلك الإباحة ليست مطلقـة ، وإنما هي مقيدة بعدم إفضائها إلى مفسدة أشد ، وهــو إذا أبيــح ، فإباحتــه مشروطة بالاستطاعة والقدرة والعدل بين الزوجات ، وفي جميع الأحـــوال لا يجوزان بتجاوز التعدد عن أربع عملا بقول الله تعالى : " وإن خفتــم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وربـــاع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا ، وآتوا النســاء صدقاتهم نحلة ، فإن طبن لكم عن شيىء منه نفسا فكلـــوه هنيئـا مريئا " [٢] . ولا شك أن هذه الدراسة سوف تلقى مزيدا من الضوء علـــى مدى وسطية الإسلام واعتداله في فقه الأسرة ، ومن ثم في فقه غيرها مــن شئون الحياة .

---

(١) سورة البقرة – من الآية ١٤٣ .

(٢) سورة النساء – الآيتان ٣ ، ٤ .

وقد أعددتها لطلاب وطالبات كليات الشريعة والقـانون ، وتوخيت في إعدادها يسر التعبير ووضوح المعنى لتكون معينا لـهم على استيعاب موضوعات مادة أحكام الأسرة عند غير المسلمين ، والإلمام بالمبادئ التي يقوم عليها نظام الأسرة عندهم ، وذلك بالقدر الذي يبرز مدى ما في شريعة الله – عز – وجل من مبادئ وقيم تجسد وسطية هذا الدين وتؤكد اعتداله، وسميتها : نظام الأسرة في الشرائع الدينية .

أدعو الله تبارك وتعالى أن ينفع بها طلاب العلم وغيرهم ، إنه سميع قريب مجيب ، هذا وبالله التوفيق .

تحريرا في ٦/١٠/٢٠٠١

دكتور

عبد الله مبروك النجار

أستاذ القانون المدني بجامعة الأزهر

والمحامي بالنقض

تمهيد

تعدد جهات قضاء الأحوال الشخصية قبل سنة ١٩٥٥م

كان من أهم العيوب التي تشوب نظامنا القضائي قبل سنة ١٩٥٥م ، تعدد جهات القضاء في مصر ، فقد أدت ظروفنا السياسية إلى وجود محاكم مختلطة للفصل في منازعات الأجانب ومحاكم أهلية للفصل في منازعات المصريين ، وقد أدت الظروف الدينية في مصر إلى أن يكون اختصاص المحاكم الأهلية قاصراً على المسائل المتعلقة بالأحوال العينية ، أما مسائل الأحوال الشخصية فقد كان الاختصاص بها منعقداً لجهات القضاء الدينية[1].

فكانت المحاكم الشرعية تفصل في منازعات المصريين المسلمين والمجالس المحلية تفصل في منازعات المصريين غير المسلمين ، وهذه الأخيرة كانت تتنوع بعدد طوائف كل ديانة من ديانات غير المسلمين .

وقد استمر هذا الوضع الغريب فترة طويلة ، منذ الربع الأخير من القرن الماضي وحتى منتصف القرن الحالي ، رغم أنه كان يتنافى مع القواعد القانونية التي تتعلق بسيادة الدولة داخل بلادنا والتي تقضي بأن يخضع السكان على اختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة بصرف النظر عن نوع المسائل التي تتناولها خصوماتهم أو القوانين التي تطبق عليها .

---

(١) كانت المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية هذه المحاكم من نظر المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال . وقد ورد فيها : " ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر في مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية " .

زوال جهات القضاء الخاصة بالأجانب :

وقد استردت الدولة سلطاتها بالنسبة للأجانب ، وذلك بإخضاعهم للقانون الوطني ومحاكم البلاد ، وقد تم هذا بمعاهدة مونترو التي عقدت سنة ١٩٣٧م بين مصر والدول صاحبة الامتياز . إذ قررت هذه المعاهدة إلغاء المحاكم المختلطة ، والمحاكم القنصلية ، بعد فترة انتقال مدتها اثنتا عشرة سنة تنتهي في ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩م ، وقد نظمت هذا الاختصاص المادة (١٢) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩م ، حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه :

" تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات وفي المواد المدنية والتجارية وفي جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص" ، ثم أضافت في فقرتها الثانية : " كذلك تختص المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل في المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية " ، وبناء على ذلك أصبحت المحاكم المصرية مختصة بنظر جميع منازعات غير المصريين سواء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية أم بغيرها .

وبالنسبة للمصريين فقد استمر التعدد في جهات قضاء الأحوال الشخصية إلى أن صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م الذي عالج مشكلة التعدد كما سنرى .

مساوئ تعدد جهات القضاء :

كان للوضع الغريب لقضاء وقوانين الأحوال الشخصية مساوئ عديدة أبرزتها المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م ، الذي وحدّ قضاء الأحوال الشخصية حيث قالت : " إن هذا الوضع قد أدى إلى الفوضى والإضرار بالمتقاضين ، حيث استتبع تعدد جهات القضاء ، رغبة كل جهة في توسيع دائرة اختصاصها ، والاعتداء على سلطة غيرها

خصوصاً مع عدم وجود حدود دقيقة أو ثابتة لاختصاص كل منها ، وقد استتبع هذا التجهيل تنازع المحاكم فيما بينها وتعدد الأحكام التي تصدر في النزاع الواحد ، وبقى المتقاضون يستندون محكمة على أخرى ، وظل مصير الحقوق رهناً يهوى الظروف ، وهكذا تكدست الأحكام المتناقضة بالمئات تلتمس مخرجاً إلى التنفيذ ولا مخرج ، وإنه لمن الشذوذ بمكان أن يظل الوطنيون من المنتمين إلى الطوائف الملية غير الإسلامية محتفظين باستثناءات قضائية كانت في كثير من الحالات عنواناً على الفوضى وعدم النظام ٠٠ ثم استطردت المذكرة الإيضاحية تقول : " والحق أن قضاء الأحوال الشخصية القائم الآن يقصر عن الاستجابة لمطالب المتقاضين ، وليس مما يتفق مع السيادة القومية في شئ أن تصدر الأحكام في ألصق المسائل بذات الإنسان من جهات قضائية غير مسئولة ولا مختارة من جانب الحكومة أو أن تكون تلك الجهات خاضعة لهيئات أجنبية تباشر أعمالها خارج حدود البلاد ، كما هو الحال بالنسبة لبعض الطوائف التي يرفع الطعن في أحكامها إلى محكمة روما وليس أقل من كل أولئك مساساً بالسيادة أن يلي القضاء في بعض المجالس الطائفية أجانب لا يعرفون لغة المتقاضين ويصدرون أحكامهم بين المصريين بلغة غير لغتهم ،

وقد استفاضت الشكوى من حال قضاء الأحوال الشخصية ، وندد بها المتقاضون منوهين بوجه خاص بانتفاء الحد الأدنى من عوامل التيسير وضمانات التقاضي ، وللطوائف الإسلامية أربعة عشر مجلساً بعضها لا ينعقد للقضاء إلا في فترات متباعدة ، أو في أمكنة بعيدة عن محل إقامة المتقاضين ، وفي ذلك من العنت والإرهاق مما يجعل التقاضي عسيراً على بعض الناس ، كما أن القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها أكثر المجالس غير مدونة ، وليس من اليسير أن يهتدي إليها عامة المتقاضين ،

وهي مبعثرة في نظامها بين متون الكتب الدينيــــة ، وشــروح وتــأويلات لبعض المجتهدين من مجال الكهنوت مبعثرة في كتب لاتينية أو عبريـــة أو يونانية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين .

كما أن القواعد المتعلقة بتشكيل المحاكم الطائفية وإجراءات التقاضي ونظــو الدعاوى وتحرير الأحكام ، وطرق الطعن فيها لا تنتظمـــها وحــدة ، ولا يتوفر لها الاستقرار ونفقات التقاضي لا تنتهج فيها المجالس منهجا واحــدا ، بل إن الكثير منها ليس لها نظام ما في هذا الشأن ، وليــس لأكــثر هــذه المجالس أقلام كتاب منظمة تعينها على أداء مهمتها ، وليس هنـــاك أدنـــى شك في أن تلك الحال لا تضمن قضاء عادلا ، ولا تقاضيا ميسرا .

توحيد قضاء الأحوال الشخصية وبقاء تعدد قوانينها :

وإزاء تلك العيوب رأت الحكومة أن تعالج الأمر علاجا حاســما لقطــع أسباب الشكوى وذلك بتوحيد نظام القضاء ، والمحافظـــة علــى الحقــوق وصيانتها ، وتوزيع العدالة على نحو تظفر فيه بثقة المتقاضين بوضع حــد للحالة المتقدمة ، وهي تمس الإنسان في أدق المشاعر ، والعـــائلات فــي أخص العلاقات .

والعلاج الحاسم الذي أشارت إليه المذكرة الإيضاحية - فيما سبقت الإشــارة إليه جاء به القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م ، الذي أخذ عليه بحق أنه وحد جهات التقاضي من جهة ، ولكنه أبقى تعدد القوانين على ما هو عليه .

توحيد قضاء الأحوال الشخصية :

نصت المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٥م فقرة /١ على أنـــه : " تلغــى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء مـــن أول ينـــاير ســـنة ١٩٥٦م ،

وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر ١٩٥٥م إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها، وفقاً لأحكام قانون المرافعات .

وبناء على هذا النص أصبحت المحاكم الوطنية هي الجهة المختصة الوحيدة بالفصل في مسائل الأحوال الشخصية ، وذلك بعد أن ألغيت المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، وأضيف اختصاصها إلى المحاكم الوطنية .

وقد قررت المادة ٣ من القانون المذكور : أن ترفع الدعاوى التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو التي كانت من اختصاص المجالس الملية إلى المحاكم الوطنية ابتداء من يناير سنة ١٩٥٦م .

بقاء القواعد الموضوعية دون توحيد :

ورغم أن القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م ، قد وحّد قضاء الأحوال الشخصية إلا أنه لم يغير من تعدد قوانينها ، ذلك أن المادة (٦) من القانون المذكور تنص في فقرتها الأولى على أنه : " تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التي كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ، وهذه المادة تنص على أنه : " تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة، وفقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التي ينص عليها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد " .

ويتضح من هذا النص ، أنه يقضى بتطبيق الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية للمسلمين ، ويقصد بالشريعة الإسلامية في هذا الصدد وعلى ضوء المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أرجح الأقوال

من مذهب أبى حنيفة حيث يؤخذ به عند عدم وجـود نصـوص تشـريعية تحكم النزاع المطروح (١).

أما بالنسبة للمصريين غير المسلمين فقد أضافت الفقرة الثانية من المـادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م على ما يأتي : " أما بالنسـبة للمنازعـات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحـدي الطائفـة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منتظمة وقت صـدور هـذا القـانون فيصدر الأحكام – في نطاق النظام العام – طبقاً لشريعتهم .

ويتضح من هذا النص أن المصريين غير المسلمين يخضعون في أحوالـهم الشخصية لقواعد شريعتهم متى كانوا متحدي الملة والطائفة ، بالإضافة إلى الشروط الأخرى التي ذكرها النص فإذا تخلف شرط منها طبقـت عليـهم أحكام الشريعة الإسلامية .

فهم على هذا النحو يخضعون لقوانين متعـددة بتعـدد طوائفـهم بالنسـبة للمسيحيين واليهود الأمر الذي يدل على تعدد القوانين الموضوعية المطبقـة في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين (٢).

الحاجة إلي قانون موحد للأحوال الشخصية :

لقد ظل تعدد القوانين للأحوال الشخصية قائماً بعد صـدور القـانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م كما كان قبله سواء بالنسبة للأجانب أو بالنسبة للمصريـين ، وإذا كان هذا التعدد لا يلقى اعتراضاً فيما يتعلق بالأجانب على أسـاس أن

---

(١) د.عبد الودود يحيى – أحكام قانون الأسرة لغير المسلمين – ص٦ – طبعة سنة ١٩٧١م.

(٢) د. سعيد جبر : النظام القانوني للزواج عند المسيحيين المصريين – ص٦ – طبعة سـنة ١٩٨٤م.

كل الدول تقريبا تطبق قانون الأجانب الشخصي في مسائل أحوالهم الشخصية إلا أن هذا التعدد منتقد بالنسبة للمصريين وذلك لاعتبارات :

أولها : أن ذلك التعدد يعتبر مظهراً من مظاهر التخلف القانوني ، حيث تقضي النظم القانونية الحديثة بأن يخضع الوطنيون جميعا في المسائل ذات الطبيعة الواحدة لنفس القضاء ، وتطبق عليهم نفس القوانين وإذا كان المشرع قد وحد قضاء الأحوال الشخصية فأولى به أن يستكمل مسيرة التوحيد التي بدأها بتوحيد القوانين المطبقة بشأنها .

ثانيها : إن تعدد الشرائع الدينية في مجال التطبيق يقتضي الرجوع إليها جميعا ، وإذا كان الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية سهلاً ميسوراً بفضل ما قام به فقهاؤها من جهد عظيم في سبيل شرح قواعدها وبيان أحكامها إلا أن الوضع بالنسبة للشرائع الأخرى مختلف تماماً فالوقوف على أحكامها من الصعب العسير ، لأن جمهور الفقهاء لم تتجه لدراستها إلا منذ وقت قريب حيث بدأ ذلك مع بداية تدريس مادة الأحوال الشخصية لغير المسلمين بكليات الحقوق لأول مرة سنة ١٩٥٦م ، ومن قبل كانت القواعد الموضوعية التي تطبقها المجالس الملية قبل سنة ١٩٥٥م غير مدونة ، ولم تكن معروفة بين عامة المتقاضين ، ولم يكن من السهل عليهم الاهتداء إليها، حيث كانت كما تقول المذكرة الإيضاحية «مبعثرة في بطون كتب لاتينية أو يونانية أو سريانية ، أوعبرية أو أرمينية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين .

ولا شك أن هذه المآخذ مجتمعة قد دفعت إلى المناداة بضرورة توحيد القواعد الموضوعية المطبقة في مسائل الأحوال الشخصية ، وقد بانت بوادر الاستجابة لهذا النداء من خلال مشروعين لقوانين الأحوال الشخصية،

أحدهما خاص بالمصريين المسلمين والآخــر خــاص بــالمصريين غــير المسلمين على اختلاف دياناتهم وطوائفهم ·

ويرى الفقه في هذين المشروعين خطوة هامة نحو توحيد قوانين الأحــوال الشخصية بالنسبة للمصريين عامة ، وإن كان بعض الفقهاء يرى أن وضــع مشروعين مختلفين أحدهما للمسلمين والثاني لغيرهم من شــأنه أن يعــوق التوحيد المنشود لأنه يضم قواعد مستمرة للفصل في المســائل الشــخصية بين المسلمين وغيرهم ·

ولا شك أن الوضع المقبول والذي أصبح مجتمعنا في حاجة ماسة إليه هــو وضع قانون موحد يسري على جميع المصريين أياً كانت دياناتهم ، حبــذا لو أضيف هذا القانون إلى القانون المدني ، ليكون منظماً للأحوال العينيــة والأحوال الشخصية في آن واحد معا ، صحيح أن هناك اختلافاً جوهريــاً بين الأديان والطوائف في بعض المسائل ، كتعدد الزوجات والطلاق ولكــن ليس هناك ما يمنع من توحيد القواعد على الأقل بالنسبة للمســائل التــي لا يوجد فيها مثل هذا الخلاف ، كالنفقات والحضانة والولاية على النفس ·

موضوع الدراسة وأهميتها :

وموضوع دراستنا سوف يتركز على الأحوال الشخصية لغير المســلمين ، إلا أن اصطلاح الأحوال الشخصية – كما سنرى – يشمل مســائل كثــيرة بعضها نظمه المشرع بقوانين خاصة تسري على جميــع المصرييــن أيــا كانت دياناتهم مثل الميراث والوصية، أو بنصوص واردة ضمن المجموعــة المدنية كما هو الحال بالنسبة للحالة والأهلية ، والموضوع الرئيسي الــذي بقى خاضعاً لقانون الديانة هو الزواج وما يتصل بــه مــن الموضوعــات الخاصة بالأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتــها المتبادلــة

والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريــق والبنوة والإقرار بالبنوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالــتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني .

ودراسة مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين مــن المصريين حتى في النطاق المحدود لها أهمية كبيرة تظهر من عدة نواح .

أولها : أنها أصبحت تمثل ضرورة لطلبة الثقافة القانونية خاصة من القضاة المحامين ، وذلك بعد أن أصبحت المحاكم مختصة بالفصل فــي المسائل الشخصية للمصريين جميعا ، وهذا النوع من الدراسة لم يصل بعد إلى مــا وصل إليه مثيله في الفقه الإسلامي ، فهو في حاجة إلى دراسة تصل إلــى هذا المستوى .

ثانيها : أن الدراسة لازمة للتعريف بالإطار القانوني للحيــاة الاجتماعيــة للأسرة المصرية غير المسلمة ، وهي تشغل جزءاً في البنيان الاجتمــاعي للمجتمع المصري .

ثالثها : أنهما ذات أهمية علمية لصلتها الوثيقة بفلسفة القانون وبأكثر مــن فرع من فروعه لأن تلك القواعد ترتكز على دراسة الدين والتقاليد والتاريخ ، وهذه العوامل الثلاثة يظهر أثرها بصورة مباشرة فــي أحكــام الأحــوال الشخصية .

خطة الدراسة :

إذا كان محل الدراسة يتعلق بالزواج وآثاره ، فإنه على هذا النحــو يدخــل ضمن موضوعات الأحوال الشخصية ، ومن ثــم لــزم تحديــد المقصــود بالأحوال الشخصية ، كما أن القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م ، يقضــي بــأن تطبيق شرائع غير المسلمين عليهم في مسائل الأحوال الشــخصية مرتبــط

بشروط معينة ، الأمر الذي يقتضي دراسة تلك الشروط ، وكذلك الأمر فيما يتصل بالمصادر التي تستقى منها تلك الأحكام ، ثم بعد ذلك ننتقل لدراسة الأحكام الموضوعية للزواج في شرائع غير المسلمين من المصريين، باعتباره المصدر للعلاقات المتصلة بنظام الأسرة التي ما زالت خاضعة للشرائح الدينية .

وهكذا تتحدد خطة الدراسة كالآتي :

باب تمهيدي	:	ويشتمل على ثلاثة فصول :
الفصل الأول	:	تحديد المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية .
الفصل الثاني	:	شروط تطبيق الشرائع الدينية على غير المسلمين
الفصل الثالث	:	مصادر الشرائع الدينية غير الإسلامية .

الباب الأول	:	مقدمات الزواج .
الباب الثاني	:	انعقاد الزواج .
الباب الثالث	:	آثار الزواج .
الباب الرابع	:	انحلال الزواج .

الباب التمهيدي

الفصل الأول

المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية

- **اصطلاح الأحوال الشخصية من الناحية التاريخية :**

تتمثل أهمية تحديد المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية في أن اعتبار مسألة ما داخلة ضمن الأحوال الشخصية في ظل التعدد القضائي والقانوني الذي سبق أن أشرنا إليه كان بالنسبة للأجانب أم بالنسبة للمصريين ذو أهمية خاصة .

فبالنسبة للأجانب كانت المحاكم القنصلية هي المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بأحوالهم الشخصية ، وكانت تطبق عليهم قوانينهم الأجنبية ، أما منازعاتهم الأخرى فكانت تختص بها المحاكم المختلطة ، وتطبق المجموعات القانونية المختلطة، وبالنسبة للمصريين فقد كانت المحاكم الشرعية تختص بالأحوال الشخصية للمسلمين منهم ، وكانت بالطبع تطبق الشريعة الإسلامية أما غير المسلمين فكانت المجالس الملية هي التي تفصل في منازعاتهم طبقا لقوانينهم الملية .

وقد رأينا أن التعدد القضائي قد أخذ في الانحسار تدريجيا في مصر ، منذ أن ألغيت المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية بمقتضى اتفاقية مونترو في سنة ١٩٣٧م ، وبعد فترة الانتقال التي انتهت في ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩م .

ثم بصدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م ، الذي ألغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وأضاف اختصاصا إلى المحاكم الوطنية ، اكتمل توحيد القضاء في كافة المنازعات وفقا لقواعد الاختصاص القضائي ، ولكن بقي هناك تعدد قانوني بالنسبة للقواعد الموضوعية المطبقة في مسائل الأحوال الشخصية سواء بالنسبة للأجانب أم بالنسبة للمصريين على نحو ما رأينا .

أصل اصطلاح الأحوال الشخصية :

يرجع أصل اصطلاح الأحوال الشخصية إلى القرنين الثاني عشر والثالث عشر ، حيث كانت إيطاليا مقسمة إلى عدة مدن لكل منها قانونها المحلي إلى جانب القانون الروماني الذي كان يمثل القانون العام ، إذا كان كثيرا ما يقع التنازع بين القوانين المحلية والقانون الروماني ، فلجأ الفقه أنذاك إلى التمييز بين النظامين . فأطلق كلمة قانون على القانون الروماني ، وكلمة أحوال على القوانين المحلية ، وقد درج الفقهاء وهم يعالجون مشكلة تنازع القوانين على وصف الأحوال بوصف "الشخصية " وإذا كان موضوعها الشخصي ، وبوصف " العينية " ، إذا كان موضوعها المال ، ومع مرور الزمن اختفت ظاهرة وجود مدن مستقلة لها قوانينها المحلية ، وأصبح للدولة قانون عام واحد يطبق على كل إقليمها . ولكن يبقى في الفقه اصطلاح الأحوال الشخصية ويقصد بها القوانين التي يكون موضوعها المال فتقسيم الأحوال إلى شخصية دينية هو إذا تقسيم يرد على القوانين ذاتها ، وليس على المسائل التي تحكمها القوانين [1].

---

(١) راجع : د.عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – جـ٢ص٧٥ وما بعدها – الطبعة السادسة .

وقد أصبح من المألوف لدى الفقهاء وفـي أحكـام القضـاء أن يستعمل اصطلاح الأحوال الشخصية ،ويكون المراد به المسائل التي تكون موضوع هذه الأحوال بل أننا نجد المشرع نفسه يقصد هذا المعنى : عندما ينص في المادة (١٣) من قانون نظام القضاء علـى أن : " تشـمل الأحـوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، وهـذا المعنى المألوف للأحوال الشخصية ، هو الذي يقصد عند اسـتعمال هـذا الاصطلاح .

تحديد محكمة النقض للمقصود بالأحوال الشخصية :

ومن الصعب تحديد مفهوم الأحوال الشخصية على وجـه الدقـة ، وذلـك لصعوبة الفصل القاطع بين ما يتعلق من القواعد بالأشخاص ومـا يتعلـق بالمعاملات المالية ، ولذلك فإن المحاولات المتعددة التـي بذلـت لضبـط اصطلاح الأحوال الشخصية لم يحالفها التوفيق .

وقد تعرضت محكمة النقض لتحديد مفهوم الأحوال الشخصية عن طريـق تحديد ما يدخل تحت هذا الاصطلاح مـن مسـائل فقـالت : " الأحـوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عـن غـيره مـن الصفـات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعيـة ككونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو أبناً شـرعياً ، وكونه تام الأهلية أو ناقصاً لصغر سن أو عته أو جنون ، وكونـه مطلـق الأهلية أو مقيدها بسبب من الأسباب القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصـل مـن الأحـوال العينية ، وإذاً فالوقف والهبة والوصية والنفقات علـى اختـلاف أنواعـها ومناشئها من الأحوال العينية، لتعلقها بالمال واستحقاقه أو عدم اسـتحقاقه .

غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية – وهي من عقود التبرعات – تقوم على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة فالجأة هذا إلى اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية ، كما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحوى عنصراً دينياً أثر تقرير حكمها . ونظر جهات الأحوال الشخصية في شيء من تلك العقود مشروط-بداهة-باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة أو الموهوبة أو الموصي بها .

انتقاد تعريف محكمة النقض :

وقد انتقد تعريف محكمة النقض للأحوال الشخصية من عدة وجوه :

أولها : أن هذا التعريف أقرب ما يكون لتعريف الحالة وبالتالي فهو لا ينطبق على مسائل أخرى متفق على أنها من مسائل الأحوال العينية ، وقد حاولت محكمة النقض سد هذه الثغرة بإضافة الوقف والوصية والهبة والنفقات ، مع اعترافها بأن هذه المسائل كلها بحسب الأصل تعتبر من الأحوال العينية ، واستندت في ذلك إلى أن هذه المسائل من عقود التبرعات تقوم على فكرة التبرع المندوب إليه ديانة .

والحقيقة أن ما دفع محكمة النقض لهذه الإضافة أنها ربطت بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي ، وهو الوضع الذي كان سائدا وقت صدور هذا الحكم . فطالما أن هذه المسائل التي أضافتها كانت قد أخرجت من اختصاص المحاكم المدنية وأسندت لقضاء الأحوال الشخصية ، فإنها تعتبر من موضوعات الأحوال الشخصية . حتى ولو كانت بحسب طبيعتها من المسائل المالية ، وعموماً فإن إضافة محكمة

النقض لهذه المسائل بعد وضعها للتعريف السابق جعل من غير الممكن أن يؤخذ به كأساس علمي صالح لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية .

ثانيها : ويؤخذ على هذا التعريف أيضاً أنه يعطى انطباعاً بأن الأهلية داخلة ضمن نطاق الحالة ، فقد ذكرها الحكم في سياقه وكأنها ضمن الصفات الطبيعية والعائلية للإنسان ومهما يكن من توثيق صلة الأهلية بالحالة لتأثرها بها إلى حد كبير ولكنها مع ذلك التأثر تعتبر متميزة عنها ، وليست داخله في مضمونها وإنما هي في الواقع نتيجة لها [1].

ثالثها : ومما يؤخذ على هذا التعريف أيضاً أنه قد اعتبر النفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية في حين أن هناك من النصوص ما يفيد اعتبار النفقة من الأحوال الشخصية .

تحديد المشرع لمسائل الأحوال الشخصية :

وإزاء ذلك الغموض الذي أحاط بتحديد المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية ، تدخل المشرع ليحدد المسائل التي تدخل تحت هذا الاصطلاح ، وحدث هذا التدخل لأول مرة سنة ١٩٤٧م إذ نصت المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة الصادرة بالقانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٤٧م على أنه : " تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة ، وعلى الأخص الأسرة والزواج ، وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر " الدوطه " ونظام الأموال بين الزوجين وإنكارها والعلاقات بين الأصول الفروع والالتزام بالنفقة والحجر والإذن بالإدارة وكذلك

---

(١) د.عبد الودود يحيى – السابق – ص١٩ .

المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتاً .

ومن هذا التعريف يتضح أن المشرع لم يشأ أن يضع تعريفاً للأحوال الشخصية على نحو ما قالت به محكمة النقض في حكمها السابق ذكره وإنما قصد تعداد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية .

ويبدو هذا واضحاً من عبارة : (تشمل الأحوال الشخصية) التي بدأ بها النص ، ومع ذلك فإن المشرع لم يستطع حصر كل المسائل الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية . فهناك مسائل لم يذكرها النص رغم أنها تدخل في هذا النطاق مثل الحضانة وتصفية التركات .

ولكن هذه المآخذ لا تمنع من أن المشرع قد ميز تماماً بين الحالة والأهلية بعد أن كانت محكمة النقض تذكر الأخيرة وكأنها داخلة ضمن نطاق الأولى كما رأينا في حكمها السابق ذكره .

وقد تدخل المشرع مرة ثانية لبيان مسائل الأحوال الشخصية فبعد أن زالت المحاكم المختلطة ، والمحاكم القنصلية من نظامنا القضائي بانتهاء فترة الانتقال في ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩م ، ثم صدر قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩م ، وفيه نصت المادتان (١٣ ، ١٤) على المسائل التي يعتبرها المشرع المصري من مسائل الأحوال الشخصية فالمادة (١٣) من هذا القانون نصت على أن :

" تشمل الأحوال الشخصية النصوص عليها في المادة السابقة " [1].

المنازعات في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

أما المادة (١٤) فقد نصت على أن الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك .

ويتضح من نص هاتين المادتين أن الأحوال الشخصية تشمل المسائل الآتية:

(١) حالة الأشخاص وأهليتهم .

(٢) نظام الأسرة من حيث مقدمات الزواج وهي الخطبة ثم الزواج ذاته وآثاره المتمثلة في حقوق الزوجين وواجباتها المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والبنوة والإقرار بالأبوة

---

(١) وهي المادة (١٢) من قانون نظام القضاء التي تنص في الفقرة الأولى منها : "تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات في المواد المدنية والتجارية وفي جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص" ثم أضافت في فقرتها الثانية : " وكذلك تختص بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل في المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ".

وإنكارها ثم انحلاله بالطلاق والتطليق وأخيراً العلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني .

(٣) الولاية والوصاية والقيامة والحجر والأذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً.

(٤) المواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

(٥) الهبة بالنسبة للأجانب إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك .

تلك هي مسائل الأحوال الشخصية وفقاً لما عبر عنها المشرع في المادتين (١٣ ، ١٤) من قانون نظام القضاء .

ويلاحظ أن المشرع هنا انتهج نفس الطريق الذي يتبعه قبل ذلك في المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة فلم يحاول وضع تعريف للأحوال الشخصية . وإنما ذكر المسائل المختلفة التي يعتبرها داخلة في نطاقها .

كما يلاحظ أن المادتين (١٣ ، ١٤) قد جاء نصها مطابقاً لنص المادة (٢٨) من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة فيما عدا ثلاثة أمور :

أولها : لم تكن لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة تذكر الولاية ضمن مسائل الأحوال الشخصية فأضافها المشرع في قانون نظام القضاء إلى الوصاية والقوامة وأعطاها نفس الحكم.

ثانيها : كانت لائحة تنظيم المحاكم المختلفة تعتبر الهبة من مسائل الأحوال الشخصية ، وذلك بصورة مطلقة أي بالنسبة للأجانب والمصريين على حد سواء ، أما قانون نظام القضاء فقد أخرجها من نطاق الأحوال الشخصية

بالنسبة للمصريين ، أما بالنسبة للأجانب ، فإنها بمقتضى قانون نظام القضاء لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية إلا إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك .

ثالثها : كانت لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة تشير إلى الدوطة وكأنها مرادفة للمهر ، أما قانون نظام القضاء فهو يذكرها كشيئين مختلفين وهذا هو الوضع الصحيح . فالمهر هو المال الذي يدفعه الزوج لزوجته بمناسبة عقد الزواج ، أما الدوطة فهي المال الذي تقدمه الزوجة لزوجها عند زواجهما ، وذلك للانتفاع به في تحمل أعباء الزوجية .

وإذا كان من المسلم به أن المهر يعتبر من المسائل الأحوال الشخصية ، فإن الخلاف قد ثار بشأن الدوطة ، وهل هي من مسائل الأحوال الشخصية أم من مسائل الأحوال العينية [1].

والراجح أنه وفقا للنص من مسائل الأحوال الشخصية .

تحديد المشرع لمسائل الأحوال الشخصية يسري على الوطنيين والأجانب :

ولا شك أن تحديد المشرع لمسائل الأحوال الشخصية الوارد في المادة (١٣) من قانون نظام القضاء لمسائل الأحوال الشخصية يسرى على المصريين والأجانب فقط ، شأنه في هذا شأن المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة . فقد كانت المادة (١٣) تنص على أنه: "تشمل الأحوال الشخصية المذكورة في المادة السابقة والمادة السابقة وهي

(١) يلاحظ أن القضاء المصري لا يعتبر الدوطة من مسائل الأحوال الشخصية رغم صراحة النص – حكم محكمة النقض في ١٩٤٣/١٠/٢٧م،وقد انتقد الفقه هذا الحكم بشدة لمخالفته لنص القانون .

(١٢) وردت فيها عبارة الأحوال الشخصية في فقرتها الثانية التــي تحــدد اختصاص المحاكم بهذه المسائل بالنسبة لغير المصريين ، مما جعل جانبــا من الفقه يذهب إلى أن تعداد مسائل الأحــوال الشخصية في المـــادة (١٣) من نظام القضاء خاص بالأجانب فقط . ولا يصلح أن يكون تعــــدادا لــها بالنسبة للمصريين .

بينما ذهب فريق آخر تأكد رجحان رأيه فيما بعد إلى أن هذا التعداد يســوى على المصريين والأجانب ، إذ لا يعقل أن يكون لــدى المشــرع فكرتــان مختلفتان عن مسائل الأحوال الشخصية ، إحداهما خاصة بالأجانب والثانيـة خاصة بالمصريين .

وقد تأكد رجحان هذا الرأي نهائياً بصدور القانون (٤٦١) لســنة ١٩٥٥م ، الذي عدل المادة (١٢) من نظام القضاء فأصبح نصــها بعــد التعديــل : " تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات في المواد المدنيــة والتجاريــة والأحوال الشخصية والوقف والولاية على المال وجميع الجرائـــم إلا مــا استثنى منها بنص خاص " ، وحذفت الفقرة الثانية من هذه المادة ، وكـــان هذا التعديل دليلاً على التعداد الذي أوردته المادة (١٣) من نظام القضـــاء إنما ينطبق على المصريين والأجانب على حد سواء .

إخضاع بعض مسائل الأحوال الشخصية لقواعد موحدة :

وإذا كان الأصل في مسائل الأحوال الشــخصية بالنســبة للوطنييــن هــو خضوعها للشرائح الدينية ، إلا أن المشرع رأى إخراج بعض هذه المســائل التي عددتها المادة (١٣) من قانون نظام القضاء وأخضعها لقواعد موحـــدة بالنسبة لجميع الوطنيين ، ومن هذه المسائل ما جعــل المشــرع تنظيمــها للقانون المدني مثل مسائل الحالة والأهلية (المواد من ٢٩ - ٥١) ومنــها

ما نظمه بتشريعات خاصة ، كالميراث والوصية والوقف والولايـــة علـــى المال ، وينبغي بيان ذلك :

أولاً : المواريث :

يخضع الوطنيون على اختلاف ديانتهم في مسائل المواريث للقـــانون رقـــم (٧٧) لسنة ١٩٤٣م , وإذا وجد نزاع ليس له حكم في هذا القـــانون فـــإن المحاكم تفصل فيه وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة طبقـــاً للمـــادة (٣) من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م .

ومن المؤكد أن هذا القانون وحد قواعد الميراث بالنسبة لجميع المصريين ، وإن كان اختصاصها تحكيمياً يستلزم اتفاق جميع الورثة ، فإذا لـــم يحـــدث مثل هذا الاتفاق ، فإن المسألة تصبح من اختصاص المحـــاكم الشـــرعية ، التي تطبق فيها أحكام الشريعة الإسلامية ، وذلك على نحو ما يقضـــي بـــه القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٤٤م في مادته الأولى التـــي تنـــص علـــى أن: "قوانين الميراث والوصية ، وأحكام الشريعة الإسلامية فيما هي قانون البلـــد فيما يتعلق بالمواريث والقضايا على أنه إذا كان المورث غير مســـلم جـــاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية، وقوانين الميراث والوصية أن يتفقـــوا على أن يكون التوريث وفقاً لشريعة المتوفى" .

ويستبين من ذلك أن تطبيق حكم هذا النص يستوجب شرطين :

أولهما : أن يتفق هؤلاء الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتـــهم على تقسيم التركة فيما بينهم وفق أحكام شريعة المتوفى فإذا لم يتفقوا كـــانت الشريعة ذات الولاية العامة ، وهي الشريعة الإسلامية ، واجبـــة التطبيـــق عليهم في هذه الحالة .

ثانيهما : أن يكون الورثة معتبرين كورثة ومحددين على النحو الذي تقرره الشريعة الإسلامية .

ثم صدر القانون المدني الجديد سنة ١٩٤٨م ونص في المادة (١/٨٧٥) منه على أن : " تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها " .

لذلك ثار التساؤل عما إذا كان هذا النص قد نسخ الحكم الوارد في المادة الأولى من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٤٤م الخاص بجواز اتفاق الورثة غير المسلمين على تطبيق شريعة المورث.

واستقر الرأي إلى القول بذلك استناداً إلى ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي من المادة (٨٧٥) مدني ، والتي تقرر أن الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها هي التي تنطبق على ميراث المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين حتى ولو اتفق الورثة جميعاً على أن ينطبق .

ثانيا : **الوصايا** :

والوصايا هي الأخرى من مسائل الأحوال الشخصية التي تخضع لقواعد موحدة تسري على الوطنيين جميعاً مسلمين وغير مسلمين وهي محكومة بالقانون رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦م الذي نظم أحكام الوصية بالنسبة للمصريين جميعاً .

ثالثاً : الأهلية وما يتصل بها من القواعد الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها :

وهي محكومة بالقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢م الخاص بالولاية على المال وذلك فيما عدا القواعد الخاصة بالإجراءات والتي أدمجت في قانون المرافعات . هذا بالإضافة إلى أن القانون المدني كان قد نظم الأهلية بنصوص خاصة في المواد (٤٤) وما بعدها .

رابعاً : الهبة :

وقد اعتبر المشرع الهبة من الأحوال العينية وأخضعها لقواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين ، ونظمت أحكامها المواد (٨٤٦) وما بعدها من القانون المدني المصري ، وإذا كانت الهبة تعتبر من الأحوال العينية بالنسبة للمصريين ، فإنها لا تكون كذلك بالنسبة للأجانب إلا إذا كان قانونهم يعتبرها من الأحوال الشخصية فإنها تعتبر كذلك .

الخلاصة :

ونخلص من ذلك أننا إذا ما استبعدنا من مسائل الأحوال الشخصية التي عددتها المادة (١٣) من قانون نظام القضاء المسائل التي تحكمها قواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين لم يبق خاضعاً للشرائع الدينية سوى المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ، ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني .

الوطنيون غير المسلمين

أهمية تحديد المقصود بالوطنيين غير المسلمين :

تظهر أهمية تحديد المقصود بالوطنيين غير المسلمين . من أن نص الفقـرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥م ، تقضـي بأن الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي في الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون قصد في نطاق النظام العام وفقاً لشريعتهم .

فإذا ما أردنا أن نطبق هذا النص لابد من تحديد المقصود بالمصريين غـير المسلمين الذين يعنيهم المشرع ، هذا يقتضي معرفة الملل . والطوائف التي كانت موجودة في مصر وقت صدور هذا القانون ، غير أنه يلاحظ أنـه إذا كان الأصل أن الأفراد أحرار في اعتناق ما يشاؤن مـن الديانـات إلا أن المشرع عندنا لم يرتب أثراً قانونياً علـى الديـن إلا إذا كـان الإسـلام أو المسيحية أو اليهودية وبذلك ينحصر المقصود بالوطنيين غير المسلمين فـي الكلام عن المسيحيين واليهود والملل والطوائف التي توجد في كـل ديانـة من هاتين الديانتين .

أولاً : الملل والطوائف عند المسيحيين :

مذاهب الديانة المسيحية :

تنقسم الديانة المسيحية في الوقت الحاضر إلى ثلاث ملل أو مذاهـب هـي الكاثولوكية والأرثوذكسية والبروتوتستانية ، وقد بدأت الديانة المسيحية ديناً واحداً لا ملل فيه ، واستمرت الكنائس المسيحية حتى القرن (٥) الميـلادي

متفقة في أهم عقائدها التي تتمثل في ان السيد المسيح عليه السلام طبيعتان : طبيعة إلهية وطبيعة بشرية ، ولكن في القرن الخامس ظهر مذهب اليعقوبيين نسبة إلى يعقوب البرادعي أسقف الرها (محلها الآن أورفا في جنوب تركيا) ، وقد نادى هذا الأسقف بأن للسيد المسيح طبيعة واحدة ، هي الطبيعة الإلهية وانتشر هذا المذهب وتبعه أهل الشرق عموماً ، ومنهم أقباط مصر ، فأنشأوا الكنائس الأرثوذكسية لهم مستقلة عن كنيسة القسطنطينية وكنيسة روما ، وكان ذلك عقب مجمع خليقدونه ، ومنذ ذلك الوقت عرفت الكنيسة المصرية بالكنيسة القبطية في كنائسها ، وجعلت الإسكندرية مقر كرسي الرئاسة الدينية .

وفي القرن (الحادي عشر) حدث الانشقاق الكبير بين الكنيسة الشرقية في القسطنطينية ، والكنيسة الغربية في روما وذلك بسبب اختلافهما على رئاسة العالم المسيحي ، وقد أدي هذا الخلاف إلى انفصالهما عام ١٤٠٥ ميلادية ، ونسبت كل منهما إلى الأخرى أنها خالفت أصول الديانة ، كما أطلقت كل منها عل نفسها الكنيسة الأرثوذكسية أي (ذات الرأي المستقيم) واسم الكنيسة الكاثولوكية أي الجامعة ، ولكن غلبت تسمية الكنيسة الكاثوليكية على كنيسة روما وأصبحت الديانة تنقسم إلى مذهبين : المذهب الأرثوذكسي والمذهب الكاثوليكي .

ولم يقف الأمر عند حد انقسام المسيحيين إلى أرثوذكس وكاثوليك ، بل ظهر مذهب ثالث في القرن السادس عشر هو المذهب البروتستانتي ، وقد نادى به (مارتن لوثر) ثم انتشر بعد ذلك في الشرق بتبشير المرسلين الأمريكان ، وهذا المذهب لا يعترف برئاسة دينية ، ويتيح لكل فرد أن يفسر الكتاب المقدس بنفسه لأن فهمه ليس قاصراً على رجال الدين .

طوائف المسيحية :

انقسمت الديانة المسيحية إلى ثلاث مذاهب على نحو ما رأينا ، هي المذهب الأرثوذكسي والمذهب الكاثوليكي ، والمذهب البروتستانتي ، وهذه المذاهب الثلاثة لها أتباع في مصر ويتبع كل مذهب منها عدة طوائف ، أي جماعات من الناس تربطهم روابط مشتركة من الجنس أو اللغة أو العادات أو من هذه العوامل جميعاً ، وهذه الطوائف هي :

أ ـ طوائف المذهب الأرثوذكس أربع هي :

(١) طائفة الأقباط الأرثوذكس وأفرادها من أصل مصري .

(٢) طائفة الروم الأرثوذكس وأفرادها من أصل أرمني .

(٣) طائفة الأرمن الأرثوذكس وأفرادها من أصل سوري .

(٤) طائفة السريان الأرثوذكس وأفرادها من أصل سوري .

وهذه الطوائف الأربع كان لها مجالس ملية منتظمة ألغي اختصاصها القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥م .

ب ـ طوائف المذهب الكاثوليكي : سبع طوائف هي :

(١) طائفة الأقباط الكاثوليك وأفرادها من أصل مصري .

(٢) طائفة الروم الكاثوليك وأفرادها من أصل يوناني .

(٣) طائفة الأرمن الكاثوليك وأفرادها من أصل أرمني .

(٤) طائفة السريان الكاثوليك وأفرادها من أصل سوري .

(٥) طائفة الموازنة الكاثوليك وأفرادها من أصل لبناني .

(٦) طائفة الكلدان الكاثوليك وأفرادها من أصل عراقي .

(٧) طائفة اللاتين الكاثوليك وأفرادها من أصل أوروبي .

وهذه الطوائف جميعها تخضع لرئاسة البابا في روما ولا يوجد بينها خلاف في المعتقدات . والذي يجعل لكل منها كياناً مستقلاً هو اعتبارات تاريخية أو إقليمية أو ترجع إلى جنس المنتمين إلى الطائفة ، ويظهر أثر هذا الاختلاف في طريقة ممارسة كل طائفة لطقوسها الدينية .

ج - أما المذهب البروتستانتي :

فأنه هو الآخر يضم أكثر من طائفة ، ولكن المشرع المصري اعتبرهم جميعاً طائفة واحدة تعرف بطائفة (الإنجيليين الوطنيين) .

ثانيا : ملل وطوائف اليهود :

مذاهب الديانة اليهودية :

بدأت الديانة اليهودية كما بدأت المسيحية ديناً واحداً لا ملل فيه ، يؤمن أتباعها بالكتاب الذي أنزله الله على سيدنا موسى وهو التوراة ، واستمرت كذلك حتى القرن الثامن الميلادي ، حيث انقسم اليهود إلى ملتين أو مذهبين هما : الربانيون والقراءون :

ويرجع سبب انقسام اليهود إلى التلمود ، وهو عبارة عن أحكام تفصيلية زيادة عما ورد في التوراة تناقلها الخلف عن السلف شفاهة حتى تم تدوينها بعد .

أما الربانيون :

فإنهم يقولون : إن الله لم ينزل على موسى التوراة المعروفة وحدها ، وإنما أنزل عليه أحكاماً أخرى أمره أن يبلغها شفاهة إلى من بعده ، وهذه الأحكام تسمى (الميشنا) ومعناها الكتاب الثاني ، فالتوراة عند الربانيين (ثنتان) مكتوبة وهي التوراة المعروفة وشفوية وهي المسماة بالميشنا .

وقد اضطروا أخيراً إلى تدوينها خوفاً عليها من النسيان أو التحريف .

ثم تناول علماء اليهود (الميشنا) بالبيان والشرح ودونت شروحهم هذه في كتاب يسمى (الجمراة) أي التكملة فالتلمود يشمل الميشنا (الكتاب الثاني) أو التوراة الشفوية كما يشمل الجمراة وهي شروح وأقوال العلماء المكملة للميشنا ، ويؤمن الربانيون بالتلمود كما يؤمنون بالتوراة ، ويسمى الربانيون بالربانون أيضاً .

أما القراءون فيعتقدون أن الله لم ينزل على موسى إلا التوراة الأصلية ، ولذلك فإنهم لا يؤمنون بالتلمود ، وقد سموا بالقرائين لأنهم لا يؤمنون إلا بما يقرأ أي بالتوراة المكتوبة دون التوراة الشفوية التلمود ، والقراءون يعتمدون على نصوص التوراة وعلى شرحها بالأدلة العقلية ، والقواعد العلمية فهم مجتهدون غير مقيدين أما الربانيون فقد قفلوا باب الاجتهاد فلا يفتى أو يحكم عندهم إلا بما هو مدون في الميشنا والجمراة .

طوائف اليهود :

لم تتعدد طوائف اليهود كما تعددت طوائف المسيحيين فالقراءون ظلوا طائفة واحدة .

وأما الربانيون فقد انقسموا إلى طائفتين هما (السفاراديم) وهم يهود الشرق وشمال أفريقيا والأندلس و (الأشكينازيم) وهم يهود أوروبا ، ولا أهمية لهذا التقسيم الآن فكلاهما ربانيون،والربانيون في الأقليم السوري لهم حاخام من السفاراديم.

ومن هنا نرى أن طوائف غير المسلمين الموجودة في مصر وقت صدور القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ كانت تتكون من اربع عشرة طائفة أربعة أرثوذكس ، وسبعة كاثوليك وطائفة واحدة بروتستانت ، وطائفة لليهود الربانيين ، وطائفة لليهود القرائين ، وكان لكل طائفة من هذه الطوائف جهة قضاء خاصة (مجلس ملى) للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية .

ومع أن القانون المذكور قد ألغي جهات القضاء هذه وأحال اختصاصها بمسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين إلى المحاكم العادية ، إلا أن المحاكم ستطبق الشرائع الدينية الخاصة بهذه الطوائف إذا توافرت شروط تطبيقها كما سيأتي .

الفصل الثاني

مصادر شرائع غير المسلمين

المراد بكلمة " شريعتهم " :

من المعروف أن نص المادة السادسة من القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥م ، تنص على أن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين يفصل فيها وفقاً لشريعتهم إذا توافرت شروط معينة ، فما هو المراد بكلمة شريعتهم المشار إليها في النص ؟ ، إن ذلك التساؤل يحتم علينا معرفة مصادر شرائع غير المسلمين التي يرجع إليها ، وإلى المجموعات المستمدة منها لمعرفة القواعد الموضوعية التي تحكم هذه المنازعات ، وهل المراد بها هي الكتب المنزلة فقط كالتوراة والإنجيل ، أي المصادر المشتركة بين أفراد الديانة الواحدة ، أم المراد بها مصادر أخرى إلى جانب تلك ؟٠

ثار الخلاف بسبب هذه المسألة عقب إلغاء المجالس الملية وانتقال اختصاصها بمسائل الأحوال الشخصية إلى المحاكم العادية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ ، وكان ذلك بسبب مسألة من أهم مسائل الأحوال وهي الطلاق عند بعض الطوائف المسيحية ، ذلك أن الإنجيل لا يبيح الطلاق إلا بسبب الزنا بينما تجيزه بعض الشرائع الخاصة لتلك الشريعة لأسباب أخرى غير الزنا ، وقد انقسم القضاء بالنسبة لهذه المسألة إلى فريقين فريق يرى أن الطلاق لا يحكم به إلا لعلة الزنا ، وعلى أساس أن هذا هو حكم الشريعة المسيحية ، بينما أجاز فريق آخر الطلاق بأسباب أخرى غير الزنى بحجة أن هذا أيضاً هو الحكم في شريعة المسيحيين ٠

الرأي الأول في المراد بالكلمة :

يقوم هذا الرأي على أساس أن الإنجيل وحده هو مصدر القواعد التي تحكم منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين .

وقد أقرت هذا الرأي محكمة قنا الابتدائية للأحوال الشخصية في حكم لها صدر في ١٩٥٦/٢/٢١م رفضت فيه طلب الطلاق لأن الإنجيل لا يبيح الطلاق لعلة الزنى ، كما أيدت هذا الرأي في حكم لها في ١٩٥٦/٥/١م .
وخلاصة هذا الرأي تتمثل في أن المقصود بكلمة شريعتهم هو ما جاء في الإنجيل ، أما ما كانت تطبقه المجالس الملية قبل ذلك فلا يعتبر شريعة عند المسيحيين ، لأنه يخالف ما جاء في الكتاب المقدس ، وهذه الأحكام وإن كانت قد صدرت بمناسبة الطلاق عند المسيحيين إلا أنها تعبر عن فهم المحاكم لها ويعتبر شريعة عند المسلمين بصفة عامة .

الرأي الثاني يتوسع في فهم الكلمة :

ويقوم الرأي الثاني على أساس أن المراد بكلمة " شريعتهم " الواردة في النص ليست مقصورة على الإنجيل والكتب السماوية فحسب ، وإنما تشمل مع ذلك ما أقره رجال الدين في فتاويهم ومجالسهم الدينية والقضائية ، والتي صارت عرفاً ثابتاً استمدت قوته من تطبيقه أمداً طويلاً . وتلك تعتبر تقاليد تمثل جزءاً من الشريعة التي أشارت إليها المادة السادسة سالفة الذكر.
وقد تأيد هذا الرأي الثاني بكثير من الأحكام القضائية بحيث يمكن القول إنه السائد في القضاء الآن ، وهذا الرأي هو ما يؤيده الفقه .

أولاً : مصادر شرائع المسيحيين :

هناك مصادر مشتركة ومصادر خاصة بكل طائفة :

أما المصادر المشتركة فإنها تشمل : الكتاب المقدس ، وقوانين الرسل ، ومقررات المجامع ، وأوامر الرؤساء الدينيين ، وما كتبه آباء الكنيسة والرهبان .

(١) الكتاب المقدس :

وهو يضم العهد القديم والعهد الجديد ، أما العهد القديم فهي التوراة التي أنزلها الله على موسى ، والأسفار التي كتبها أنبياء بنى إسرائيل ممن خلفوا موسى .

وأما العهد الجديد فيشمل الأناجيل الأربعة المعترف بها وهي إنجيل متى ، وإنجيل مرقص ، وإنجيل لوقا وإنجيل يوحنا ، ولا يشمل الإنجيل إلا قدراً ضئيلاً من القواعد المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية ، وأهمها ما يتعلق بالزواج والطلاق .

(٢) قوانين الرسل :

وهي تشمل ما كتبه بعض رجال الدين المسيحيين منسوباً إلى الرسل .

وقد لجأ البعض إلى إكمال النقص الواضح بهذه الكتابات بأن تكون وسيلة يمكن بها مواجهة كثير من المسائل التي لم يجدوا للإنجيل فيها حكماً وهذه الكتابات تشمل خمس كتب هي :

كتب فقه الرسل الأثنى عشر ويسمى الدياخا وضع في القرن (الثاني) وكتاب تعاليم الرسل ويعرف باسم الدسقلية وضع في القرن (الثالث) والمرسوم الكنسي المصري ، وكتاب القواعد الكنيسية .

وكتاب القواعد الشرعية اللاحقة للصعود ، وقد وضعت كل منها في فـــترة لاحقة .

(٣) قرارات المجامع الكنيسية :

وهي اجتماعات عقدت بين رجال الكنيسة في صورة مؤتمرات للنظر فـــي شئون الكنيسة ، وهذه المجامع كانت على نوعين : مجامع عامة ومجـــامع محلية .

أما المجامع العامة : فقد كانت تضم ممثلين للكنائس المسيحية في كل أنحـاء العالم وتسمى مجامع مسكونية نسبة إلى العـــالم المســكون ، وأهــم ـــذه المجامع مجمع نيقيه سنة ٣٢٥ ، ومجمع القسطنطينية سنة ٣٨١ ومجمـــع أفسوسي سنة ٤٣١ ومجمع خلقيدونه سنة ٤٥١ .

أما المجامع المحلية فهي التي انعقدت بين أساقفة كنـــائس إقليـم معيــن . وتصدر قرارات تلزم الأفراد الذين يتبعون هذه الكنائس فهي عبـــارة عـــن إجماع طائفة منهم على اتباع قاعدة معينة .

(٤) وهناك مصادر أخرى للشريعة المسيحية :

مثل ما أصدره المطارنة من تشريعات في صور مراســـيم موجهـــة إلـــى الكهنة لتنظيم شئون الطائفة . فإذا تضمنت هذه المراسيم قـــاعدة شـــرعية وجب اتباعها .

(٥) وهناك ملكية آباء الكنيسة والرهبان :

وهذا المصدر الأخير لم تصبح له قوة ملزمـــــة إلا بعـــد اتبـــاع النـــــاس باضطراد لما ورد في هذه المؤلفات من قواعد ، فقوته مستمدة من العرف.

المصادر الخاصة :

وهي المصادر الخاصة بكل مذهب من المذاهب التي انقسمت إليها الديانة المسيحية ، أو طائفة من الطوائف التي تتبع هذه المذاهب .

أ ـ الأقباط الأرثوذكس :

من أهم مصادرهم مجموعة كيرلس ابن لقلق (بطريريك الإسكندرية) في القرن (الثالث عشر) ، والمجموع الصفوي لابن العسال الفقيه القبطي وقد وضعه ابن العسال بناء على تكليف من ابن لقلق . وجمع فيه القواعد الشرعية للأقباط الأرثوذكس من مصادرها المختلفة ، وهناك كتاب الخلاصة القانونية في الأحوال الشخصية لمؤلفها الايغومانوس فليوثاؤس عوض سنة ١٨٩٦ واعتمد في وضعها على كتاب ابن العسال.

وقد ألفت لجنة من أعضاء المجلس الملى العام سنة ١٩٣٨ ، جمعت كل قوانين الأحوال الشخصية في مجموعة اعتمدها المجلس الملى العام ، وبمناسبة إلغاء المجالس الملية وضع مشروع للأحوال الشخصية سنة ١٩٥٥ أقره المجمع المقدس والمجلس الملى العام وقدم إلى وزارة العدل ولكن لم يصدر به قانون حتى الآن .

ب ـ الروم الأرثوذكس :

صدرت لها لائحة في ١٥ من مارس سنة ١٩٣٧ تتكون من ثلاثين مادة تتناول إنشاء الزواج وموانعه وأسباب الطلاق وما يترتب عليه من نتائج وقد عدلت هذه اللائحة في فبراير سنة ١٩٥٠ ، وكان معمولاً بها حتى إلغاء المجالس الملية .

ج ـ الأرمن الأرثوذكس :

وأهم المجمعات عندهم كتاب الأحكام القضائية الذي وضعه مخارجوش خلال القرن (الثاني عشر) كما وضع للأرمن الأرثوذكس في سنة ١٩٤٠، تقنين تنظيم مسائل الأحوال الشخصية ، كانت المجالس الملية قبل إلغائها تتبع أحكامه .

د ـ السريان الأرثوذكس :

أهم كتبهم هو الهدى الذي ألفه أبو الفرج الملقب بابن العبري في القرن (الثالث عشر) ولهم قانون يحكم أحوالهم الشخصية طبع بالقدس سنة ١٩٢٩ وأحكامه لا تختلف كثيراً عن الأحكام الخاصة بالأقباط الأرثوذكس.

مصادر شريعة الكاثوليك :

رأى البابا في روما توحيد مسائل الأحوال الشخصية للكاثوليك الشرقيين على اختلاف طوائفهم ، فألفت لجنة لهذا الغرض ووضعت قواعد تحكم الزواج صدرت بها إرادة رسولية للبابا بيوس الثاني عشر سنة ١٩٤٩ .

وهذه القواعد هي التي تحكم الزواج الآن بالنسبة لجميع طوائف الكاثوليك الشرقيين .

مصادر شريعة البروتستانت :

وهذه الطائفة لا ترى مصدراً للشريعة المسيحية إلا الكتاب المقدس وهم يقولون : إن باب الاجتهاد مفتوح أمام كل مسيحي لقراءته وفهم أحكامه ، وللإنجيليين الوطنيين قانون يحكم أحوالهم الشخصية صدر في مارس سنة ١٩٠٢ ، وظل مطبقاً حتى أثناء المجالس الملية .

ثانيا : مصادر شريعة اليهود :

المصادر المشتركة لها هي التوراة ، وهناك مصادر خاصة عند كل من الربانيين والقرائين :

(١) المصادر الخاصة بالربانيين :

التلمود ، ويلتزمون بأحكامه كما يلتزمون بالتوراة وهو يتكون من الميشنا ، أي التوراة الشفهية التي أنزلها الله على موسى في طور جبل سينا ، وأمره أن يبلغها شفاهة ، الحجر وهي الشروح والتعليقات التي أضيفت إلى الميشنا .

وهناك مؤلفات أخرى هامة مثل اليد القوية الذي ألفه سعد الفيومي وموسى بن ميون الذي عاش في عهد صلاح الدين الأيوبي وهو مرجع هام عند الربانيين . وأحدث الكتب هو كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين ، الذي ألفه مسعود حاي بن شمعون وطبع في مصر سنة ١٩١٢ ، ويعتبر هذا الكتاب المرجع الرئيسي لأحكام الأحوال الشخصية عند اليهود الربانيين في الوقت الحاضر .

(٢) مصادر القرائين الخاصة :

وهم لا يؤمنون إلا بالتوراة ، وبالتالي فهي مصدرهم ، ولكن للعرف أثراً كبيراً في حياتهم ، وبجانبه هناك مؤلفات أهمها كتاب شعار الخضر في الأحكام الشرعية الإسرائيلية للقرائين ، ونقله للعربية مراد فرج سنة ١٩١٧ ، كما وضع مراد فرج كتاباً آخر هو : القراؤن والربانيون ، طبع سنة ١٩١٧ بالقاهرة ، حيث أظهر هذا الكتاب الفرق بين الأحكام التي تأخذ بها كل طائفة .

الفصل الثالث

شروط تطبيق شريعة غير المسلمين

الشروط في ضوء القانون :

من المعروف أن القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ ، ينص في فقرته الثانية على أنه: " بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام – في نطاق النظام العام – طبقاً لشريعتهم ".

ويتضح من هذا النص : أنه يحدد الضوابط التي يمكن من خلالها إعمال شريعة غير المسلمين في مسائل أحوالهم الشخصية ، وهذه الضوابط تتمثل في الشروط الثلاثة الآتية :

(١) أن يتحد الخصوم في الملة والطائفة .

(٢) أن تكون لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ .

(٣) ألا يكون حكم شريعة غير المسلمين متعارضاً مع النظام العام .

فإذا تخلف شرط من الشروط الثلاثة ، فإن حكم العلاقة بين المتنازعين يخضع للشريعة العامة ، وهي الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم عند اختلال شرط من الشروط الثلاثة السابقة .

وينبغي بيان كل شرط من الشروط الثلاثة في مبحث على حدة ، ثم نتكلم عن الأثر المترتب على تخلف واحد من هذه الشروط .

المبحث الأول

اتحاد الملة والطائفة

وجوب الاتحاد في الملة والطائفة :

لكي تطبق شريعة غير المسلمين يجب أن يتحد الخصوم في الملة (المذهب) وفي الطائفة ، وهذا الاتحاد بداهة لن يتحقق إلا إذا اتحد الخصوم في الدين أيضاً ، فإذا اختلف المتخاصمان في الملة بأن كان أحدهما أرثوذكسياً والآخر كاثوليكياً أو بروتستانتياً فإن هذا الشرط لن يتحقق ، ومن ثم يكون التطبيق للشريعة الإسلامية ، وليس لشريعة غير المسلمين .

كما يشترط بالإضافة إلى اتحادهم في الملة اتحادهم في الطائفة أيضاً ، بأن يكونا من طائفة الأقباط أو الروم أو السريان أو الأرمن ، فإذا كان أحد المتخاصمين قبطياً والآخر سريانياً فإن هذا الشرط يتخلف أيضاً لاختلاف الطائفة التي ينتمي إليها كل من المتخاصمين ، وهذا هو ما يفهم بوضوح من نص المادة السادسة من القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ المشار إليها، والتي تقتضي صراحة الاتحاد في الطائفة والملة ، فقد جعل المشرع **الاختلاف في الطائفة يعادل الاختلاف في الملة ويترتب على عدم اتحاد الخصوم في الطائفة استبعاد تطبيق شريعة غير المسلمين ، وتقرير الحكم للشريعة ذات الولاية العامة وهي الشريعة الإسلامية .**

رأي ضعيف يرى الاكتفاء بالاتحاد في الملة والطائفة :

ورغم صراحة نص المادة السادسة واستلزامه توافر الاتحاد في الملة والطائفة ، إلا أن بعض الفقهاء يقول : إن الاتحاد في الملة (المذهب) يكفي لتطبيق شريعة غير المسلمين ، ولا يؤثر اختلاف الخصوم في الطائفة على تطبيق هذه الشريعة لأن الخلاف بين الأحكام الدينية لا يقوم إلا بين مذهب وآخر وليس بين طائفة وطائفة ، خاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، فطوائف الكاثوليك الشرقيين تخضع جميعاً لقواعد موحدة صادرة من الرئاسة الدينية التي يتبعونها ، وهي كنيسة روما ، والمذهب البروتستانتي لا تثور بالنسبة له هذه المسألة لأن المشرع اعتبر أتباعه جميعاً طائفة واحدة .

ورغم اختلاف أتباع المذهب الأرثوذكسي في بعض الأحكام الدينية ، فإنهم كما يزعم صاحب هذا القول [1] يخضعون لمسائل تكاد تكون واحدة في مسائل الزواج والطلاق ، ومن ثم كان القول بأن اختلاف المتخاصمين في الطائفة يعادل في النتيجة اختلافهما في المذهب من حيث تضاؤل ولاية القانون الديني وقصورها عن حكم العلاقة القانونية حتى ولو كانت الطائفتان تعتنقان مذهباً دينياً واحداً ، يجافي الأساس الذي بنيت عليه ولاية القانون الديني وينتهي إلى نتائج غير موفقة لا تتفق مع مقاصد المشرع .

ويستطرد صاحب هذا الرأي قائلاً : إن إخضاع علاقة الزواج بين كاثوليكيين لأحكام الشريعة الإسلامية لمجرد اختلاف الطائفة فيه خروج على حرية العقيدة ، لأن هذه العلاقة كانت ستخضع لأحكام المذهب

---

(١) حلمي بطرس : أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين – ص٣٩ – وما بعدها .

الكاثوليكي إذا اتحد الخصوم في الطائفة والخصوم في الحالة الأولى مثلـــها في الحالة الثانية يدينان بعقيدة مذهبية واحدة ، ويخضع زواجـــهما لقواعـــد واحدة صادرة من رئاسة دينية واحدة .

الانتماء إلي الوحدة المذهبية الواحدة :

ثم ينتهي صاحب هذا القول إلى أن تحقيق مقصد القانون من نـــص المـــادة (٦) من القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ يحمل على القول بأن معنى الاتحـــاد في الطائفة والملة يقصد به الاتحاد في الوحدة المذهبية ، فيعتبر الطرفـــان المتنازعان متحدان في الطائفة والملة كلما انتميا إلى وحدة مذهبية واحـدة ، والوحدات الدينية في المسيحية هي الأرثوذكية والكاثوليكية والبروتستانية.

ضعف هذا الرأي ومبررات رفضه :

وقد رفض الفقه اعتبار هذا الرأي ، ورأى عدم الاعتداد به للأسباب الآتية:

أولا : لأنه يخالف صريـــح نص المادة السادسة من القانـــون (٤٦٢) لســـنة ١٩٥٥ والتي تشترط أن يتحد الخصوم في الملة والطائفة ، والاجتهاد مـــع هذا النص باطل لما هو معروف أنه لا اجتهاد مع النص ، وعبارة النـــص لا تحتمل معنى أكثر مما تحتمله عبارته الصريحة التي تتطلب الاتحاد فـــي الطائفة والملة ، ولو كان المشرع يقصد ما يريد صـــاحب هـــذا القـــول أن يقرره لاكتفى النص بعبارة الاتحاد في الملة فقط ، وذلك ما لم يحدث .

ثانيا : أن هذا الرأي يتناسى ويتنافى مع ما كان عليه العمل قبـــل صـــدور القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ إذ كان الاختصاص لا ينعقد لجهات القضـــاء الدينية إلا إذا اتحد الخصوم في الملة والطائفة ، فـــإذا اتحـــدا فـــي الملـــة واختلفـــا في الطائفة ، فإن المحاكم الشرعية كانت تختص بنظر المنازعات وفق أحكام الشريعة الإسلامية في هذه الحالة وليس مما يتفق مـــع مقصـــد

المشرع من إزالة مظاهر الاضطراب في التنظيم القضائي أن يغير القواعد التي كان معمولاً بها في تحديد الاختصاص التشريعي في اتجاه مضاد بالسماح بالتطبيق الديني لغير المسلمين في حالات لم يكن واجب التطبيق فيها ، والتوسع في ذلك على حساب القواعد ذات الولاية العامة وهي الشريعة الإسلامية .

ثالثا : إن هذا الرأي يقوم على افتراض حاصله : أن الاختلاف في أحكام الزواج والطلاق لا يقوم إلا بين مذهب وآخر ، أما بالنسبة للطوائف ، فلا يتحقق هذا الاختلاف، ولم يستطع صاحب هذا الرأي أن يؤكد كلامه إلا بالنسبة لطوائف الكاثوليك أما بالنسبة لطوائف الأرثوذكس فيقال : إنهم يخضعون لقواعد تكاد تكون واحدة ، وهذا ما يدل على وجود اختلافات بينها ، وهذه الاختلافات متحققة فعلاً لوجود كنيسة خاصة ومجلس ملي خاص لكل طائفة ، مما يجعل القول بأن شرائع غير المسلمين تتعدد مع تعدد الطوائف قولاً لا يجافي الحقيقة على الأقل من الناحية النظرية ، كما أنه لا يجافيها من الناحية العملية فبعض الطوائف كالأقباط الأرثوذكس والروم الأرثوذكس ينظر إلى قوانينها نظرة خاصة بها ، ولا تواجه فرص تطبيقها على طوائف أخرى بأي حال من الأحوال .

رابعاً : أن تطلب اتحاد الخصوم في الملة والطائفة لتطبيق الشريعة الدينية لغير المسلمين يتفق مع ما يهدف إليه المشرع من جعل تطبيق هذه الشرائع الاستثنائية في أضيق نطاق ممكن ، حتى يتم إلغاؤها نهائياً بصدور قانون موحد للأحوال الشخصية يطبق على الجميع دون اعتبار لديانتهم أو مذهبهم.

ومن ثم وجب القول باتحاد الخصوم في الملة والطائفة كما يقضي بذلك النص .

وقت اتحاد الملة والطائفة :

رأينا أنه من الضروري أن يتحد الخصوم في الملة والطائفة لكـــي تطبــق شريعة غير المسلمين ، ومن المهم أن نعرف الوقت الذي يجب أن يتوافـــر فيه هذا الاتحاد إذا علمنا أن روابط الأسرة من شأنها أن تستمر زمناً طويلاً قد يطول وقد يقصر وذلك مثل رابطة الزوجية أو القرابة ، وقد ينشأ نـــزاع أثناء قيام هذه الرابطة يؤدي إلى عرض الأمر على القضاء ، وتثور حينئـــذ مسألة وقت اتحاد الخصوم في الطائفة والملة الذي يعتد به .

والأفراد لا يبقون على حالة واحدة ، إذ قد تختلف حالتها وقت النزاع منـــها في وقت نشوء الرابطة . والعكس كذلك ، فقد يكونان مختلفين وقت نشـــوء الرابطة ، ثم يتحدان وقت النزاع ملة وطائفة ، وقد يكون الطرفان متحديـــن ملة وطائفة ، وقت نشوء الرابطة ووقت عرض الأمر على القضاء ثم يغير أحد المتنازعين ملته أو طائفته أثناء سير الدعوى ، وفي مثل هذه الأحـــوال يلزم تحديد الوقت الذي يعتد به باتحاد الخصوم ملة وطائفة .

علاج المشرع للمسألة :

وقد أراد المشرع أن يضع حلا حاسما للموضوع فنص في المادة الســـابعة من القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ على أنه : لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانيـــة من المادة المتقدمة (وهي المتعلقة بتطبيق شريعة غير المسلمين) تغيـــير الطائفة أو الملة بما يخرج الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء ســـير الدعوى إلا إذا كان التغيير للإسلام فتطبيق الفقـــرة الأولـــى مـــن المـــادة السادسة من هذا القانون ، وهي التي تنص على تطبيق الشريعة الإسلامية.

ويبدو من هذا النص أن المشرع قد اعتد بوقت رفع الدعوى وجعله الوقـــت الذي ينظر فيه إلى اتحاد الخصوم أو اختلافهم من الملـــة والطائفـــة حتـــى

يتحدد على أساس ذلك ما إذا كانت شريعة غير المسلمين أم الشريعة الإسلامية هي الواجهة التطبيق .

عرض الأمر على القضاء بعد صدور القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ فقضت محكمة القاهرة الابتدائية في استئناف رفع إليها من محكمة شبرا الجزئية بأن العبرة بوقت رفع الدعوى عند النظر في اتحاد الخصوم في الملة والطائفة ، وكانت المحكمة الجزئية قد قضت بغير ذلك فطبقت شريعة الأقباط الأرثوذكس بحجة أن هذه كانت شريعة الزوجين وقت الزواج ، ولكن المحكمة الاستئنافية ألغت هذا الحكم لأنه ثبت لها أن الاتحاد في الملة والطائفة لم يكن متوافراً وقت رفع الدعوى ، وإذا كانت الزوجة من طائفة الأقباط الأرثوذكس والزوج من طائفة الإنجيليين [1].

تغيير الديانة أو الملة أو الطائفة :

وروابط الأحوال الشخصية غالباً ما تنشأ بين شخصين متحدين أو مختلفين في الديانة والملة والطائفة فتكون هذه الرابطة محكومة بقواعد يعرفها الطرفان سلفاً وقت نشوء الرابطة ، ويفترض أنها هي ستحكم مستقبلاً ما ينشأ من نزاع هذه الرابطة .

ولكن قد يحدث أن يغير الشخص ديانته أو ملته أو طائفته إلى ديانة أو ملة أو طائفة أخرى تختلف أحكام شريعتها عن الأحكام التي نشأت الرابطة في ظلها ، وقد يكون التغيير عن رغبة صادقة في اعتناق الديانة أو المذهب الجديد ، كما قد يكون بقصد التخلص من الالتزامات التي تفرضها الديانة السابقة والاستفادة من المميزات التي يكفلها الدين الجديد ، مثال ذلك : أن

(١) حكم محكمة القاهرة في القضية رقم (٥٩٦) كلي بتاريخ ٢ أكتوبر ١٩٥٦ مشار إليه في د.عبد الودود يحيى – أحكام قانون الأسرة لغير المسلمين من المصريين – ص٦٢ .

تنشأ علاقة زواج بين اثنين من الكاثوليك والشـــريعة الكاثوليكيـــة لا تقـــر الطلاق ، وإنما تعرف فقط ما يسمى بالانفصال الجسماني فإذا أراد الـــزوج أن يتخلص من الرابطة المذكورة فانه قد يعتنق الإسلام ، حتى يســـتطيع أن يطلق زوجته ، وفي مثل هذه الحالة يثور التساؤل عن أثر هـــذا التغيـــير في القواعد التي تحكم علاقة الزوجين ، وهل يعتد بهذا التغيـير أم لا ؟ وإذا قلنا إن التغيير ينتج أثره فما أثر ذلك في حقوق الطـــرف الآخـــر التـــي يخولها له الدين أو المذهب الذي نشأت العلاقة فـــي ظلـــه خصوصـــاً وأن الدافع إلى التغيير قد يتمثل في الهروب مـــن الالتزامـــات التـــي يفرضـــها الوضع السابق .

أثارت هذه التساؤلات رأي الفقه وقسمته إلى قسمين بشأنها في ظل جـــهات قضاء الأحوال الشخصية التي ألغيت ، ولا زالت تثير بعض المشاكل بعـــد صدور القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ .

أولاً : قبل صدور القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ :

أثيرت هذه المسألة في ظل جهات القضاء للأحوال الشـــخصية الملغـــاة إذ كثيراً ما كان أحد الزوجين يغير ديانته أو ملته أو طائفته ، وكـــان يـــترتب على ذلك بحث أثر هذا التغيير على تحديد جهة الاختصاص القضائي ومـــا يتبع ذلك من اختصاص تشريعي.

انقسم الفقه والقضاء إلي ثلاثة آراء في هذه المسألة :

فذهب رأي : إلى أن التغيير لا أثر له على العلاقة ، من ثم تظل محكومـــة بالقواعد التي كانت قائمة وقت نشوئها من حيـــث الاختصـــاص القضـــائي والتشريعي وذلك احتراماً لما كسبه الطرف الآخر من حقوق .

وذهب رأي ثان : إلى أن التغيير ينتج أثره وذلك احتراماً لحرية الأشخاص في اعتناق ما يشاءون من الديانات والمذاهب .

وتوسط رأي ثالث : فقال إن التغيير ينتج أثره إلا إذا كان بقصد الغش والتحايل علي القانون للإضرار بالطرف الآخر ففي هذه الحالة لا يعتد به [1] .

ثانياً : بعد صدور القانون ٤٦٢لسنة ١٩٥٥:

نظمت المادة السابعة من القانون المذكور أثر تغيير العقيدة بقولها : لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم من وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير للإسلام فتطبق الفقرة الأولي من المادة السادسة من هذا القانون .

ويلاحظ بداية أن النص لم يتكلم إلا عن تغيير الطائفة أو الملة فهل يطبق حكمه أيضا في حالة تغيير الديانة إلي الإسلام ؟ .

---

(١) على الرأي الأول قضت محكمة استئناف القاهرة الوطنية ، مشار إليه في هامش : د.عبد الودود يحيى – المرجع السابق – ص٦٥ ، وعلى الرأي الثاني قضت محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٥٦/٥/١ ومحكمة الوايلي الجزئية في ١٩٥٣/١٠/٢٨ وانتهت إليه محكمة النقض المدني في ١٩٣٦/١٢/٣ – مشار إليه – د. عبد الودود يحيى – نفس المرجع – ص٦٣ ، وقد جاء في هذا الحكم : أن الاعتقاد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط فإذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسمياً فإنه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين ، والمذهب الجديد ولا ينبغي للقضاء أيا كانت جهته أن ينظر إلا في توافر المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق الدين أو المذهب ، فإذا وجدها متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقاً لأحكام الدين ، والمذهب الجديد ، كما أخذت بالرأي الثالث قلة من الأحكام ، أباحت لنفسها حق بحث الدوافع التي أدت إلى تغيير العقيدة ، وما إذا كان المقصود منه رغبة حقيقية في اعتناق الدين الجديد أو تحقيق مآرب خاصة ، محكمة استئناف مصر في ١٩٣٤/٢/٣ ، ،محكمة اللبان الوطنية في ١٩٢٩/٥/١٣م .

ذلك ما يظهر من صريح النص ، كما أنه يطبق أيضا في حالة التغيير إلـي غير الإسلام لأنه إذا كان تغيير الديانة إلي الإسلام ينتج أثره ، فإن معنـي هذا أن التغيير إلي غير الإسلام لا أثر له ، وبذلك يأخذ تغيير الديانة إلـي غير الإسلام تغيير الملة أو الطائفة .

ومن ناحية أخرى لم يذكر النص إلا التغيير الذي يتم أثناء سير الدعـوى ، ولكنه بالتأكيد يشمل حكم التغيير السابق على رفع الدعـوى ، فـإذا كـان التغيير أثناء الدعوى لا يترتب عليه استبعاد تطبيق شريعة غير المسـلمين (إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام) فإنه يفهم من هذا أن التغيير السابق علـى رفع الدعوى يرتب هذا الأثر .

ويظهر من نص المادة السابعة أنه يفرق بين حالتين : حالة التغيـير إلـى الإسلام وحالة ما إذا كان التغيير إلى غير الإسلام .

- **تغيير الديانة إلي غير الإسلام** :

إذا كان تغيير الديانة إلى غير الإسلام ، فإما أن يكون أثناء سير الدعـوى وإما أن يكون قبل رفعها :

فإذا كان التغيير أثناء سير الدعوى فإنه لا يعتد به ويمكن القول إن المشـرع في هذه الحالة اعتبر أن التغيير يقصد به الغش والهروب من الالتزامـات التي تفرضها الديانة أو الملة أو الطائفة السابقة ، ولهذا فإنه لم يرتب أثـراً على هذا التغيير وينظر إليه على أنه كأن لم يكن .

وإذا كان التغيير قبل رفع الدعوى فإنه ينتج أثره سواء كان التغيـير إلـى غير الإسلام أم إلى الإسلام ، وفي كلتا الحالتين ستحكم الـنزاع الشـريعة الإسلامية .

تغيير الديانة إلي الإسلام :

أما إذا كان تغيير الديانة إلى الإسلام فإنه يعتد به مطلقاً وتترتب جميع الآثار على هذا التغيير سواء كان قبل رفع الدعوى أم أثناء سيرها ، وفي هذه الحالة فإن الشريعة الإسلامية تكون هي الواجبة التطبيق ... دون نظر إلى الدوافع والبواعث ، أو اعتداد بالحقوق المكتسبة للطرف الآخر لأن قواعد الأسرة من النظام العام ، وهي لا يتحقق بالنسبة لها اكتساب لأي حق من الحقوق .

تغيير العقيدة ، هل يوجب التعويض :

وإذا كان تغيير العقيدة وفقاً للمادة السابعة من القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ ينتج أثره من حيث تطبيق القانون الجديد دون النظر إلى بواعث هذا التغيير أو اعتداد بالحقوق المكتسبة للطرف الآخر ، لذلك ثار التساؤل عما إذا كان من الممكن الحكم بالتعويض للطرف الآخر أم لا ؟

وقد عرضت هذه المسألة على المحاكم المختلطة قبل صدور القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ ، قضت بالتعويض على من غير عقيدته بناء على الفعل الضار ، وقد انتقد هذا المسلك من القضاء ، لأنه لا يتواءم مع التسليم بحقه في الطلاق بناء على شريعته الجديدة . ومجازاته بعد ذلك على استعمال حقه في الحدود المشروعة . ومن ثم ذهب بعض الفقهاء إلى الاتجاه نحو أساس آخر يمكن إلزام من غير عقيدته بالتعويض بمقتضاه ، ووجدوا في نظرية التعسف في استعمال الحق تفسيراً لما يبغون ، وبمقتضى هذا الأساس يكون للزوجة التي يطلقها زوجها بعد تغيير ديانته أو مذهبة حق التعويض إذا كان الزوج متعسفاً في استعمال حقه أو كان قصده الإضرار بها .

ورغم وجاهة هذا الرأي وارتياح القضاء له . إلا أنه لم يلق قبولاً من الفقه لأن التعسف في استعمال الحق لا يرد إلا على الحقوق ، وتغيير الدين أو الملة أو الطائفة ليس من قبيل الحقوق وإنما هو مجرد رخصة لا تقبل ورود التعسف عليها . والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل من الواجب إثبات الخطأ في جانب من غير عقيدته . حتى يمكن مطالبته بالتعويض وفقاً للتعسف ، وهذا غير ممكن بعد أن أقره المشرع ورتب عليه آثاره . كما أن الإثبات يجرنا إلى بحث الدوافع التي أدت إلى تغيير العقيدة ، وهذا مخالف لما استقر عليه قضاء محكمة النقض .

المبحث الثاني

وجود جهات قضائية منظمة وقت صدور القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥م

الجهات القضائية الملية المنظمة وقت صدور القانون :

ويشترط بجانب اتخاذ الخصوم في الديانة والملة والطائفة أن يكون لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون حتى تطبق عليهم شريعتهم، ويقصد بالجهات القضائية الملية المشار إليها في المادة السادسة فقرة (٢) من القانون المذكور ، المجالس الملية التي كانت مختصة بنظر منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، حيث كان لكل طائفة منهم مجلس ملي خاص بها ، رغم وحدة القواعد المطبقة على بعض هذه الطوائف مثل الكاثوليك .

وقد استبان لنا أن طوائف غير المسلمين المسيحيين أثنتا عشـــرة طائفـــة ، كان لكل منهم مجلس ملي منظم وينظر في قضايا أحوالهم الشخصية . أمـــا اليهود فقد كان لهم ثلاث جهات قضائية منظمة إحداها خاصة بالربانيين في محافظتي الإسكندرية والبحيرة والثانية خاصة ببقية الربانيين من اليـــهود ، وكانت الثالثة خاصة باليهود القرائين .

ولم تكن هذه المجالس الملية كلها منظمة بتشريعات مصرية ، وذلـــك لأن الحكومة المصرية لم تنظم إلا مجلس الأقباط الأرثوذكس بتشريع صدر فـــي ١٨٨٣/٥/١٤ ، ومجلس الإنجيليين الوطنيين فـــي ١٩٠١/٣/١ ومجلـــس الأرمن الكاثوليك بالقانون (٢٣) لسنة ١٩٠٥.

أما الطوائف الأخرى فلم تصدر تشريعات خاصة بها ولهذا فإنـــها كـــانت تستند في اختصاصها إلى الخط الهمايوني الصادر من الدولة العليـــة ســـنة ١٨٥٦م ، وما لحقه من أوامر . واستمر حالها علـــى هـــذا النحـــو حتـــى انفصلت مصر عن تركيا فصدر القانون رقـــم (٨) لســـنة ١٩١٥ ، التـــي استمدت ولايتها منه المجالس الملية التي لم تنظم بتشريعات خاصة حتـــى ألغيت سنة ١٩٥٥م.

المبحث الثالث

عدم تعارض شريعة غير المسلمين مع النظام العام

مقصود هذا الشرط :

ويجب أن يضاف إلى الشرطين السابقين شرط ثالث مؤداه : أن لا يكـــون الحكم المراد تطبيقه من شريعة غير المسلمين متعارضاً مع النظام العـــام ، ومن الصعـــب تحديد ما يعتبر من النظام العام في هذا الخصوص ، وهـــو لا يقصد به بداية قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة لجميع المصريين في مسائل الأحوال الشخصية . لأن نتيجة هذا المعنى ســـتكون استبعاد شريعة غير المسلمين في جميع الأحوال ، كما لا يفيده كثيراً فـــي هذا المجال ما هو معروف من أن القواعد المتعلقة بالنظام العام . هي التـــي ترمى إلى تحقيق مصلحة عامة وحيوية وسياسية أو اقتصادية أو اجتماعيـــة تتعلق بمصالح المجتمع الرئيسية وتعلو على مصلحة الأفـــراد ، لأن فكـــرة النظام العام تختلف من دولة لأخرى ، ومن زمان لآخر ، ومن ثـــم فإننـــا نرى مع بعض الفقهاء [1] ، ترك الأمر للقضاء ليقرر في كل حالـــة علـــى حدة مدى موافقتها أو مخالفتها للنظام العام.

تطبيقات مخالفة للنظام العام :

ومن الأمثلة التي تنطوي على خروج صارخ على النظام العام ، وتستوجب الحكم ببطلانها تأسيساً على ذلك ما يلي :

---

(١) د. عبد الودود يحيى – المرجع السابق – ص٧٩ .

(١) ما هو مقرر في شريعة اليهود الربانيين من أن المتوفى عنه زوجها إذا لم يترك أولاداً ، وكان له أخ شقيق أو أخ لأب عدت له زوجة شرعاً ، ولا تحل لغيره ما دام حياً إلا إذا تبرأ منها [١].

ومعنى هذا أنها تصبح زوجة بقوة القانون ، وهذا الحكم يصادر مبدأ الرضا في الزواج . فكان باطلاً لمخالفته للنظام العام .

(٢) ومن ذلك ما تقضي به شريعة الأقباط الأرثوذكس مادة (٦٩) من مجموعة أحوالهم الشخصية الصادرة في ١٩٣٨م من أنه : يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج ، ولا شك أن الحكم القاضي بحرمان الزوجين أو أحدهما من الزواج يتعارض مع أقدس واحدة من الحريات الأساسية العامة ، وهي حرية الزواج وإنشاء الأسرة ومن ثم كان متعارضاً مع النظام العام.

(٣) ومن ذلك ما هو معروف عن شريعة الكاثوليك أنها لا تعرف فكرة العدة ، التي تحتم انقضاء فترة معينة عقب انتهاء رابطة الزوجية قبل أن تتزوج المرأة بآخر ، حتى لا تختلط الأنساب ، وحتى تستبين براءة الرحم من تعلق ولد الغير به ، ومن ثم كانت القواعد التي تقضي بها آمرة ، ويجب على المحاكم تطبيقها على الكاثوليك لتعلقها بالنظام العام.

---

(١)الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين – مسعود حاي بن شمعون – ص١٢ مادة ٣٦ .

المبحث الرابع

أثر تخلف شرط من الشروط السابقة

إذا تخلف شرط من الشروط الثلاثة السابقة :

كان على المحكمة أن تطبق الشريعة ذات الولاية العامة وهي الشريعة الإسلامية ، ولكن هذا التحول في التطبيق يثير تساؤلا حول أثر تخلف أحد هذه الشروط على الاختصاصين القضائي والتشريعي ، أو هل هناك محاكم مختصة بتطبيق شريعة غير المسلمين ، وأخرى مختصة بتطبيق الشريعة الإسلامية ، بحيث إذا تخلف أحد هذه الشروط تقضي المحكمة بعدم اختصاصها وتحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة بتطبيق الشريعة الإسلامية ؟ ، ثم ما هي القواعد التي تطبق عليهم من الشريعة الإسلامية ؟ ، هل هي نفس القواعد التي تطبق على المسلمين ، أم أن لغير المسلمين قواعد خاصة بهم في الشريعة الإسلامية هي التي تطبق ؟.

أولا : أثر تخلف أحد الشروط على الاختصاص القضائي :

رأينا أن مسائل الأحوال الشخصية أصبحت ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦م من اختصاص المحاكم العادية ، وعندما باشرت المحاكم العادية هذا الاختصاص . قامت الجمعية العمومية للمحاكم بتقسيم العمل بين دوائر المحكمة فاختصت بعض الدوائر بنظر منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين المتحدى في الملة والطائفة . اللذين كانت لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥م ، بينما اختص البعض الآخر بالمنازعات الخاصة بالمسلمين وغيرهم من مختلفي الملة أو الطائفة. كما اختصت دوائر أخرى بنظر منازعات الأحوال الشخصية للأجانب .

وقد أسفر هذا التوزيع عن بعض صعوبات في العمل ، وذلك مثل حالة ما إذا عرض على دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين نزاع يدخل في اختصاصها ثم تخلف شرط من شروط تطبيق الشريعة الملية . كأن أسلم الزوج أو غير طائفته أو ملته ، فهل تفصل نفس الدائرة في النزاع أم تقضي بعدم اختصاصها بحجة أنها غير مختصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ؟ .

انقسمت المحاكم بصدد هذه المسألة إلي رأيين :

أولهما : اعتبر أن توزيع الاختصاص بين دوائر المحكمة ، اختصاصاً نوعياً وعلى هذا أوجب على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها في مثل تلك الحالة المشار إليها ، وهذا الرأي هو ما ذهبت إليه بعض المحاكم .

ثانيهما : يرى أن ذلك التقسيم بين دوائر المحكمة لا يعدو أن يكون تقسيماً إدارياً للعمل لا يترتب عليه أن تكون المحكمة غير مختصة إذا ما رفع أمامها نزاع من اختصاص دائرة أخرى . وهذا الاتجاه هو ما أيدته غالبية المحاكم ، كما أنه الرأي الذي يؤيده الفقه أيضاً .

ثانياً :أثر تخلف أحد الشروط على الاختصاص التشريعي:

وإذا كان من المقرر أنه إذا تخلف شرط من الشروط السابقة يكون التطبيق الواجب لحكم الحالة المعروضة للشريعة العامة ، وهي الشريعة الإسلامية فإن تطبيقها حينئذ يثير تساؤلاً مؤداه : أي قواعد الشريعة الإسلامية هي التي تطبق ، هل هي نفس القواعد التي تطبق على المسلمين أم أنها قواعد أخرى من الشريعة الإسلامية خاصة بأهل الذمة ، ونظراً لأن القواعد الخاصة بأهل الذمة في الشريعة الإسلامية ، ما هي إلا قواعد إسناد حيث تقضي في جملتها بترك أهل الذمة وما يدينون ، فإن إيراد السؤال يمكن أن

يأتي على النحو التالي : هل تطبق الأحكام الموضوعية ؟ أم تطبق قواعد الإسناد تلك ؟ .

لا شك في نظرنا،أن المقصود هو تطبيق الأحكام الموضوعية التي هي نفس الأحكام التي تطبق على المسلمين . فلو كان المقصود هو ترك أهل الذمة وما يدينون لكان في هذا الحكم مصادرة على المطلوب لا يتفق مع مقصد المشرع ، حيث لا يعقل أن يضع شروطاً لتطبيق شرائع غير المسلمين ، ويؤكد بصريح النص الواضح على أنه : " إذا تخلف أحد هذه الشروط يكون التطبيق للشريعة الإسلامية ، ثم يتجاهل كل ما قرره من شروط وضوابط ، ويجعل التطبيق في النهاية لشريعة غير المسلمين أيضاً ذلك ما لم يقصده المشرع ، إذ لو صح ذلك لما كان لما قرره من شروط ومن ثم كان هذا المعنى مستبداً .

والقول به من شأنه أن يصل بنا إلى نتائج غير مقبولة ، حين يكون الحكم متصلاً بقاعدة تخالف النظام ، في هذه الحالة لن تطبق بشأنها أحكام غير المسلمين لمخالفتها للنظام العام ، ولن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، لأنها في نظر أصحاب هذا الزعم قواعد إسناد تقضي بتركهم وما يدينون ، والذي يدينون به في الحالة الماثلة مخالف للنظام العام أو الآداب ، ومن ثم فإنه ستوجد حالات لا تخضع لشريعة ما ، وهذه نتيجة غير مقبولة ولا معقولة .

وقد كانت المحاكم الشرعية قبل إلغائها تطبق على منازعات غير المسلمين التي تدخل في اختصاص نفس القواعد التي تطبق على المسلمين . وعلى هذا فإن الذي يطبق على غير المسلمين عند تخلف أحد هذه الشروط ، هو نفس ما يطبق على المسلمين من أحكام الشريعة الإسلامية .

ورغم وضوح هذا المعنى فقد إنقسمت المحاكم فيه إلى اتجاهين ، ذهب الضعيف منهما إلى أن المقصود بالشريعة الإسلامية عند تخلف أحد الشروط هو الإحالة إلى القواعد الخاصة بهم في مذهب أبي حنيفة والتي تقضي بتركهم وما يدينون ، أي جعل الشريعة مجرد قواعد إسناد ، وذهب الراجح من هذين الاتجاهين إلى تطبيق نفس القواعد التي تطبق على المسلمين ، وقد قضت محكمة الإسكندرية في نزاع زوجة قبطية أرثوذكسية بالتطليق للضرر ، وهذه قاعدة موضوعية من قواعد الشريعة الإسلامية ، وهذا الاتجاه هو الذي يتفق مع النصوص وهو الأقوى والأرجح .

سماع دعوى الطلاق ممن لا يدينان بوقوعه :

وإذا كانت الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في نزاع غير المسلمين عند تخلف أحد هذه الشروط الثلاثة ، فإن القاضي لا يتقيد بالفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والتي تقضي بعدم سماع دعوى الطلاق إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقوعه ، وحكم هذه المادة وإن كان قائماً لأنها لم تلغ بالقانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ ، إلا أن المحكمة إذا انتهت إلي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية واستبعاد أحكام شريعة الطرفين . فإنه لا يلتفت بعد ذلك إلى شريعة غير المسلمين .
وقد استبعدت بنص القانون ، وإلا فإن القول بغير ذلك معناه أن تقرر المحكمة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، ثم تطرح جانباً تطبيق أحكامها لتطبيق شريعة أحد المتعاقدين . وهذا تعارض واضح لا يمكن التسليم به ، وإذا كان لنص المادة (٩٩) ما يبرره في ظل المحاكم الشرعية والمجالس الملية . فلم يعد لهذا النص ما يبرره الآن بعد أن أفصح المشرع عن قصده

الواضح في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عند اختلاف الديانة أو الطائفة أو الملة .

الزواج

في شرائع غير المسلمين

حقيقة الزواج وتنظيم الأديان له :

يعرف الزواج في فقه القانون بأنه : " تصرف قانوني ينشئ به شخصان أحدهما من الذكور والثاني من الإناث رباطاً يجمع بينهما في ظل القانون وذلك بهدف إنشاء أسرة " [1] ، وقد اهتمت جميع الشرائع السماوية به وحثت عليه . لضرورته وأهميته في تكوين الأسرة وهي الخلية الأولى في المجتمع ، قال تعالى : " وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله " ، وقال تعالى : " وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم " . وجاء في الحديث الشريف : " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء " .

كما اهتمت شرائع غير المسلمين به . فقد جاء في التوراة : " فأثمروا أنتم واكثروا وتوالدوا في الأرض وتكاثروا فيها " [2]. وقد اعتبرته الشريعة المسيحية من المقدسات ، ورفعته إلى مرتبة السر الإلهي ، كما اهتم الإنجيل بتنظيم أحكامه ، وورد في إنجيل متى : " إن الذي خلق من

---

(١) د. شفيق شحاته – أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين – جـ٢ ص٩ .

(٢) سفر التكوين – الأصحاح التاسع – الفقرة ٧ .

البدء خلقهما ذكرا وأنثى ، من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا ، فالذي جمعه الله لا يفرقه إنسان "[1] .

ومع اهتمام المسيحية به ، ، إلا أنها تؤثر التبتل عليه جاء في إنجيل متى تكملة للنص السابق : " يوجد خصيان ولدوا هكذا من بطون أمهاتهم ويوجد خصيان خصاهم الناس ، ويوجد خصيان خصوا أنفسهم لأجل ملكوت السموات من استطاع أن يقبل فليقبل " [2].

التعريف بالزواج عند المسيحيين :

تنظر جميع طوائف المسيحيين إلى الزواج على أنه من المقدسات الدينية ، ويرى الأرثوذكس والكاثوليك أن السيد المسيح رفع رابطة الزواج إلى مرتبة السر الإلهي ، والبروتستانت وإن كانوا لم يرفعوا الزواج إلى مرتبة السر الإلهي ، إلا أنهم لم يتهاونوا في اعتباره رابطة مقدسة . لأنه ينشئ علاقة دائمة بين شخصين كرس كل منهما حياته لخدمة الآخر ، ويعرف الزواج في مذهب الأقباط الأرثوذكس بأنه : " اتفاق رجل وامرأة اتفاقا ظاهرا بشهادة وصلاة كهنة ، واختلاط عيشهما اختلاطا محصلا للتعاون بينهما على تحصيل ضرورتهما وتوليد نسل يخلفهما " [3]. كما عرفته المادة (١٤) من مجموعة سنة ١٩٥٥ للأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس بأنه : " سر مقدس يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية ، يرتبط به رجل وامرأة بقصد

---

(١) إنجيل متى – الاصحاح التاسع عشر – الفقرات من ٣-٩ .

(٢) المرجع السابق – الفقرات من ١٠ – ١٢ .

(٣) المرجع السابق – الفقرات من ١٠ – ١٢ .

تكوين أسرة والتعاون على شئون الحياة ويثبت بعقد يجريه الكـــاهن ولــم يخرج معناه في المذاهب الأخرى عن هذا المعنى .

خصائص الزواج عند المسيحيين :

ومن خلال تعريف الزواج عند غير المسلمين من المسيحيين يمكن إبـــراز خصائصه . وهي تتمثل في أنه :

(١) الزواج عقد ذو طبيعة خاصة :

أما كون الزواج عقدا فإن أحدا لا يمكن أن ينكر الصفة التعاقدية فيه إذ لابد لنشوئه من إرادة الزوجين ، ولهذا نصت المادة (١٦) من مجموعة الأقبــاط الأرثوذكس للأحوال الشخصية على أنه : " لا زواج إلا برضا الزوجيــن " والزواج بطبيعته عبارة عن رابطة بين زوجين تقوم في جوهرهـــا علــى الإيجاب والقبول ، ورغم أن الزواج عقد إلا أنه ليس كغيره من العقـــود ، حيث تترتب عليه أوضاع قانونية ، فآثاره قد حددها القانون ، بأحكام آمـره، هذا بالإضافة إلى أن طبيعته تقوم على الاستدامة بخلاف غيره من العقــود فإن طبيعتها مؤقتة كما أن موضعه تكوين الأسرة . ومثــل هذا الموضــوع لا يقبل التعاقد العادي ولهذا كان عقد الزواج ذو طبيعة خاصة .

(٢) الزواج عقد مقدس :

وتنظر مذاهب المسيحيين إلى الزواج على أنه عقد مقدس ، والبروتســتانت، وإن كانوا لم ينظروا إليه نظرة القداسة التي يراها الأرثوذكس والكـلثوليك ، والتي ترتقي به إلى مرتبة السر الإلهي عندهما . إلا أنهم يعتبرونه رباطـــا مقدسا ودائما .

(٣) الزواج يقوم على الشكل :

ونظرا لأن الزواج سر مقدس ، أو رابطة مقدسة ، فإنه لا يتم إلا في إطار شكل معين يتمثل في صلاة الأكليل من رجال الدين طبقا للطقوس الكنيسية، حتى يتحقق له وصف السر ، ومخالفة إبرام الزواج على هذا النحو يجعله باطلا ، كان قام بالطقوس غير رجال الدين أو قام رجل الدين بما لا يعتبر طقوسا فإن الزواج لا ينعقد ، فصلاة الاكليل هي التي تنشئ الزواج .

(٤) الزواج علاقة فردية دائمة :

ومن خصائص عقد الزواج عند المسيحيين أنه علاقة فردية فلا يجوز للرجل أن يتزوج أكثر من زوجة في وقت واحد ، كما لا يجوز للمرأة أن تكون زوجة لأكثر من رجل .

وفردية الزواج أمر مقرر في جميع الشرائع المسيحية ولا يقبل استثناء ، كما أنه رابطة مؤبدة ، أي يعتبر بحسب الأصل غير قابل للانحلال ، وقد رتب المسيحيون في الزواج هذه الخاصية على أساس أنه سر مقدس مثله مثل علاقة السيد المسيح بالمجتمع الإنساني ممثلا في الكنيسة وبما أن تلك العلاقة مؤبدة فتكون علاقة الزوجين ببعضها كذلك لا تقبل التأقيت ، وهذه الخصائص تتفق عليها جميع مذاهب المسيحيين الأرثوذكس والكاثوليك والبروتستانت ، الذين تقرر المادة (١٢) من مجموعة أحوالهم الشخصية : " أن الزواج نظام شكلي لا يكفي لإنشائه إرادة الزوجين بل لا بد لإتمامه من تدخل رجل الدين المرخص له بذلك " .

التعريف بالزواج عند اليهود :

والزواج عند اليهود يتفق مع ما ذهب إليه المسيحيون في التعريف وفي كثير من الخصائص فهو ارتباط بين ذكر وأنثى يتم وفقا للقانون بغرض تكوين أسرة ، ويقرر اليهود أن الله خلق الزواج ، وشرعه ليكون أداة لحفظ النوع البشري وجاء في التوراة : " فأثمروا وأكثروا وتوالدوا في الأرض وتوالدوا فيها " [1]. ويقول ابن شمعون في كتاب الأحوال الشخصية : الزواج فرض على كل إسرائيلي والزواج عند اليهود لابد فيه من الشكلية وقد نصت المادة (٥٦) من كتاب ابن شمعون للأحوال الشخصية : أن أركان الزواج ثلاثة :

الأول : تسمية المرأة على الرجل وتقديمها عليه بقبولها ولو بخاتم يعطيه إليها يدا بيد بحضرة شاهدين شرعيين . قائلاً لها بالعبرية:تقدست لي زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئاً آخر .

الثاني : أن يكون العقد شرعياً مكتوباً .

الثالث : صلاة البركة بحضور عشرة رجال على الأقل .

ونصت المادة (٥٧) على أن الزوجة بلا تقديس لا تعد زوجة شرعاً ، كما أنه عقد ذو طبيعة خاصة ، حيث إن الزوجين يلتزمان بآثاره وفق ما تحدده القواعد لا وفق إرادتهما .

الزواج عند اليهود يقبل الانحلال والتعدد :

وإذا كان الزواج عند اليهود يتفق مع الزواج عند المسيحيين في كل ما سبق إلا أنه يختلف عنه في القابلية للانحلال والتعدد ، فالشرائع اليهودية

---

(١) سبقت الإشارة إليه في فقرة (٥٥) .

تجيز تعدد الزوجات بشروط معينة ، تنص المادة (٥٥) من كتاب ابن شمعون : " إذا كان الرجل في سعة من العيش ، ويقدر أن يعدل أو كان له مسوغ شرعي جاز له أن يتزوج بأخرى"، فتعدد الزوجات غير محرم .

وكذلك يعتبر الزواج عند اليهود الربانيين قابلاً للانحلال ، حيث يجوز للرجل أن يطلق زوجته بإرادته وحده ، كما أن للمرأة أن تطلب من القضاء أن يطلقها ، أما اليهود القراءون فانهم يقررون جواز الاتفاق بين الزوجين على الطلاق أما الطلاق الصادر من الرجل للمرأة بإرادته وحده ، فغير جائز إلا بمسوغ شرعي [١].

خطة الدراسة :

وسوف نتناول دراسة الأحكام الموضوعية لعقد الزواج في ثلاثة أبواب نخصص الباب الأول لمقدمات الزواج (الخطبة) والباب الثاني : لانعقاد الزواج ، وفي الباب الثالث : عن آثار الزواج وفي الباب الرابع : عن انحلاله ، أو انقضاء رابطة الزوجية .

وسوف يتمثل منهجنا في الدراسة بالنسبة لكل مسألة من المسائل في عرض الأحكام الخاصة بها في الشرائع المسيحية أولاً ثم اليهودية ، وحين نعرض أحكامها في المسيحية نبين رأي شريعة الأقباط الأرثوذكس لأنهم يمثلون الغالبية العظمى من المسيحيين في مصر ثم يلي ذلك عرض المسألة عند الكاثوليك ثم الإنجيلين الوطنيين ثم نبين حكم شريعة اليهود الربانيين فالقرائين .

---

(١) محمد نمر ، والفي بقطر – الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية – فقرة ٥٥ .

الباب الأول

مقدمات الزواج " الخطبة "

التعريف بالخطبة والغرض منها :

الخطبة مقصود بها ذلك الوعد الذي يحصل بين رجل وامرأة على الزواج مستقبلاً ، وهي مقدمة ضرورية للزواج ، إذ من المفروض فيه أنه مشروع حياة ، يتسم بالاستمرارية والدوام . فكان لا بد أن تسبقه مرحلة تمهيدية تتيح لكل من الرجل والمرأة اللذين يشرعان في الزواج أن يتعرف فيهما كل منهما على صاحبه ، وأن يرى فيه ما يرغبه في ذلك الارتباط الأبدي به ، وليستبين مدى إمكانية المعيشة المشتركة معه مستقبلاً .

ونظراً لهذا المعنى في الخطبة وكونها فترة اختبار ، كانت عقداً غير ملزم عند جمهور الفقهاء ، فإذا استبان لكلا الطرفين أو أحدهما أن مسيرة الحياة المشتركة بينهما غير ممكنة لاختلاف الطباع ، أو عدم وجود الوئام المفترض بين الرجل والمرأة كان لهما أن يعدلا عنها ، وإذا ما لاح في أفق حياتهما ما يبعث في قلبيهما الاطمئنان على الحياة المشتركة ، كان لهما أن يمضيا ذلك الوعد ، بإتمام العقد الرئيسي ذاته .

طبيعة الخطبة عند المسيحيين :

وتكاد المذاهب المسيحية الثلاثة تتفق على أن الخطبة عقد غير ملزم بين رجل وامرأة ، ومن ثم فإنه يجوز العدول عنه . والشريعة المسيحية تتفق في هذه النظرة مع القانون الوضعي الذي ينظر إلى الخطبة على أنها عقد غير ملزم ، أي لا يلزم أي من الخاطبين فيها بالإقدام على الزواج عقبها ، بل يكون لكل منهما حق العدول ، ومن ثم فليس من آثارها الالتزام بإبرام عقد الزواج .

وهذا المعنى في الخطبة يختلف عما عرف في فقه الأقباط الأرثوذكس بالاملاك ، والاملاك عبارة عن عهد وميعاد لتزويج مستأنف ويكون بمكاتبة وبغير مكاتبة ، حيث ينعقد الزواج فيها قانونا وينتج جميع ثماره ما عدا المخالطة الجنسية ، فهذا العقد يلزم طرفيه بإتمام الزواج ، ولم يكن فسخ الاملاك جائزا إلا بما يتم به انحلال رابطة الزوجية من طلاق وغيره، ونظرا لإلزام الاملاك ، وخوفا من حدوث نزاع بين حصوله والتكليل إذا طالت المدة بينهما ، فقد أمر البطريرك كيرلس الرابع بعدم إجراء الاملاك قبل التكليل ، بل أوجب أن يتم الاثنان معا في وقت واحد ، وسار البطاركة بعده على هذا المنوال ، ومن ثم فلم يرد ذكر الأملاك في مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس .

الفصل الأول
انعقاد الخطبة عند المسيحيين

ويلزم لانعقاد الخطبة شروط معينة ، وهذه الشروط قد تكون شروطا شكلية وقد تكون شروطا موضوعية ، ثم إن انعقادها مع توافر الشروط المشار غليها يستلزم الإعلان عنها بإجراءات معينة .

أولا : **الشروط الموضوعية لانعقاد الخطبة** :

والخطبة كرغبة متبادلة تقتضي توافر شروط موضوعية تتمثل في :

(١) الرضا بالخطبة :

والرضا يقتضي صدورا يجاب من أحد الطرفين يلقى قبولا من الطرف الآخر ويشترط في الرضا أن يكون سليما خاليا من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه فعيوب الإرادة تجعل الخطبة قابلة للإبطال ، ولابد من أن يكون الرضا صادرا من شخص المتعاقد نفسه أو وليه إن كان قاصرا ، وليس المراد بالإيجاب حقيقته المقصودة في العقد ، ولكن يراد به الرغبة المشتركة بين الطرفين والتي تشبه الإيجاب .

(٢) عدم قيام مانع من الزواج :

الخطبة مقدمة للزواج وطريق إليه ، والزواج غاية للخطبة وثمرة لها ومن ثم فإذا كان هناك مانع من إتمام الزواج ، فإن هذا المانع ينسحب إلى الخطبة ويجعلها هي الأخرى باطلة .

(٣) أن يبلغ الخطيبان سنا معينة :

يشترط في الخطبة أن يبلغ الخطيبان سن الخطبة ، وهي أقل سن يمكن مباشرة الخطبة معها ، وهي بالطبع أقل من سن الزواج وتختلف الكنائس

الشرقية في السن التي لا تجوز الخطبة إلا ببلوغها وهي عند الأقباط الأرثوذكس للخاطب (سبع عشرة سنة) ، والمخطوبة (خمس عشرة سنة) ميلادية كاملة ، وعند السريان لا تجوز الخطبة إلا إذا بلغ الخاطب (ست عشرة سنة) والمخطوبة (اثنتا عشرة سنة) ، وعند الكاثوليك لا يشترط سن معين ما دام الشخص قد بلغ سن السابعة ، وعند الإنجيليين الوطنيين لابد من بلوغ الشاب (ثماني عشرة سنة) والفتاة (ست عشرة سنة) .

ومع بلوغ هذه السن لابد من موافقة ولي النفس على الزواج إذا لم يكن الخاطبان رغم بلوغهما سن الخطبة . قد بلغا سن الرشد ، وهي عند الأقباط الأرثوذكس (إحدى وعشرون سنة) ، والكاثوليك (ست عشرة سنة) للرجل ، (أربع عشرة سنة) للمرأة ، وتعتبر الخطبة صحيحة من باب أولى إذا بلغ الخطيبان هذه السن وعند البروتستانت سن الرشد الخاص بالرجل (ثماني عشرة سنة) وبالفتاة (ست عشرة سنة) .

ثانيا : الشروط الشكلية لانعقاد الخطبة :

ولابد من توافر الشروط الموضوعية ، من توافر شروط شكلية فالخطبة عند الأرثوذكس يجب أن تتم على يد كاهن من كهنة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية يثبتها في وثيقة خاصة بعد تحققه من شخصية الخاطبين ورضائهما ، وعدم وجود ما يمنع من زواجهما ، ومن أنهما سيبلغان السن التي يباح فيها الزواج شرعاً عند انتهاء الموعد المحدد لزواجهما في عقد الخطبة ، ويوقع على الوثيقة كل من الخطيبين وولي القاصر والشهود والكاهن ، وإذا لم تراع هذه الشروط لا تعتبر الخطبة دينية ، بل مجرد اتفاق عادي بين الأفراد يخضع للقواعد العامة .

أما الخطبة عند الطوائف الكاثوليكية ، فإنها تكون باطلة إذا لم تتـــم أمـــام الخوري ، أو الرئيس الكنسي المحلي أو أمام كاهن نال من أحدهمـــا الأذن بحضور الخطبة . ويلزم هؤلاء تدوين الاحتفال بالخطبة في سجل خـــاص بها ، وبالنسبة لطائفة الإنجيليين الوطنيين فيستلزم إثبات الخطبة بالكتابـــة ، كما يلزم توقيع شاهدين على الأقل على محضر الخطبة كما يشترط أن تتـم على يد القس المرسومين قانونا أو مرشدي الكنائس الإنجيلية المسموح لـهم بذلك .

الإعلان عن الخطبة :

تستلزم القواعد الكنسية للطوائف المختلفة النشر والإعـلان عـن الخطبـة وذلك بهدف اعلام أكبر عدد من الجمهور بها ، حتى يتسـنى لمـن يعلـم بوجود مانع معين من إتمام الزواج ، أن يبلغ عنه ، وحتى تتـاح الفرصـة لمن له وجه الاعتراض أن يتقدم به ، وهذا الإجراء لا يعتبر من الشـروط اللازمة لانعقاد الخطبة ، فلا يعتبر شكلاً خاصاً بالانعقاد .

وعند الأقباط الأرثوذكس يقوم الكاهن الذي يقـوم بـإبرام عقـد الخطبـة بالإعلان عنها ، ومن خلال تحريره ملخصاً من العقد في ظرف ثلاثة أيـام من وقوعه ويعلقه في لوحة الإعلانات لمدة عشرة أيام على الأقل تشـتمل على يومي أحد .

والكاثوليك لا يعتبرون الإعلان شرطاً لصحة الزواج وإن كانوا ينظـرون إليه على أنه إجراء لازم أوصت به الكنيسة ، ولهذا فإنه قـد يتـم عندهـم شفاهه أو كتابة ، بل يتم أصلاً بالمناداة الشفوية ، حيث يقوم رجـل الديـن (الخوري) بهذه المناداة في الكنيسة ، ثلاث مرات متوالية كل مرة منها تتـم في يوم أحد ، ويوم من أيام العيد المفروضة وذلك أثنـاء إقامـة الشـعائر

الدينية . ويجوز للرئيس الديني كتابة أسماء راغبي الزواج علـــى أبـــواب كنيسته وغيرها لمدة ثمانية أيام بشرط أن يتخللـــها عيـــدان مـــن الأعيـــاد المفروضة .

أما بالنسبة للإنجيليين الوطنيين ، فليس عندهم أحكام تتعلق بالإعلان عـــن الخطبة .

إعادة الإعلان والإعفاء منه ومن إعادته :

ويجب عند الشريعتين القبطية الأرثوذكسية والكاثوليكية إعادة الإعلان عـن الخطبة إذا لم يتم الزواج خلال مدة معينـــة ، حددتـــها شـــريعة الأقبـــاط الأرثوذكس بسنة من خلال انقضاء ميعاد العشرة أيام المنصـــوص عليـــها بصدد الإعلان ، فلا يجوز حصول الزواج إلا بعد تعليق جديد ، يتم بنفـــس الطريقة التي تم بها الإعلان الأول .

كما تقضي شريعة الكاثوليك بأنه إذا لم يتم الزواج خلال ستة أشهر وجـــب أن تكرر المناديات .

وإذا كان الأصل هو وجوب الإعلان عن الخطبة ، وإعادة الإعلان إذا لـــم يتم الزواج خلال مدة معينة إلا أنه يجوز الإعفاء من الإعلان ابتـــداء كمـــا يجوز الإعفاء من إعادته ، وذلك إذا اقتضـــت الضـــرورة ذلـــك وصـــرح الرئيس الديني به . ومثاله الزواج الذي يصرح بعقده مع اختلاف الديـــن أو اختلاف المذهب .

خصائص الخطبة في شرائع اليهود :

والخطبة في شريعة الربانيين : تعتبر عقداً يتفق فيـــه الخاطبـــان علـــى أن يتزوجا ببعضهما شرعاً في أجل مسمى بمهر مقدر متفق عليه وهي عقـــد غير لازم . فيجوز فسخها بإرادة أحد الطرفين منفرداً أو باتفاقهما معاً علـى الفسخ ، ويترتب على ذلك عدم مسائلة أي طرف فيها لمجرد العدول عـــن الخطبة ، وذلك تحقيقاً لأكبر قدر من حرية الاختيار للمقبلين على الـزواج ، وهذه الحرية تتصل بالنظام العام . ولهذا يقع باطلاً كل ما يرد فـــي عقـــد الخطبة مقيداً لحق العدول ، وتتطلب مجموعة ابن شمعون شـــرطاً شـــكلياً لإتمام الخطبة فهي لا تعتبر شرعية إلا بالعهد الشرعي المعروف بالقنيـــان (م٦) ، كما أنها تعتبر اتفاقاً فيصح فسخه بالإرادتين ، أو بالإرادة المنفردة.

وعند القرائين : تعتبر الخطبة هي عقد الزواج نفسه تحرم بها المرأة علـــى كل رجل آخر غيرالخاطب ، فالخاطب عاقد شرعاً ، وهي عقد مســـتوفي للزواج ، لاشتمالها على ما تملك به المرأة شـــرعاً مـــن المـــهر والوثيقـــة والقبول ، وإن كان هذا العقد لا يكفي وحده لحل الدخول وإنما لابد معه من إجراءات لاحقه لإتمام الزواج وحل المعاشرة وقد جاء في كتـــاب شـــعار الخضر : " إن الخاطب عاقد شرعاً وجاء فيه ما يفيد أن المخطوبة بالخطبة تكون محلا للطلاق كالمتزوجة .

ورغم انعدام كل تنظيم للخطبة في شريعة القرائين إلا أن هذا لا يمنع مـــن إتمام الخطبة وفقاً للقواعد العامة باعتبارها وعداً بالزواج .

الفصل الثاني

آثـــار الخطبـــة

إذا استوفت الخطبة شروطها الشكلية والموضوعية :

فإنها تنشأ صحيحة من الناحية القانونية ، ولكن ليس معنى هذا أنها تنشـــئ التزامات معينة على عاتق طرفيها مثل الالتزام بالمساكنة والنفقـــة وغـــير ذلك ، إذ هي لا تعد أن تكون مجرد تمهيد لعقد الزواج . وليست مرحلـــة من مراحل انعقاده ، كما أنها لا ترتب على عاتق طرفيها الـــتزاما بـــإبرام الزواج ، إذ أن إبرامه يخضع لنتيجة التجربة التي يمران بـــها فـــي فـــترة الخطبة وما إذا كانت ستسفر عن تفاهم ووئام يجعلهما يقدمان علـــى إبـــرام العقد ، ومن ثم تكون الخطبة قد حققت هدفها ، أما إذا حدث العكـــس ولـــم يتقارب فكر الخطيبين ، أو بانت لهما في فترة الخطبة بوادر عدم الســـعادة الزوجية ، فإنهما يعدلان عن مشروع الزواج ، والعدول عن الخطبة قد يتـــم بالاتفاق بين الطرفين على ترتيب آثاره ، وهو إذا تم بالاتفاق فإنه لن يثـــير مشكلة ، وإنما تنشأ المشاكل والصعوبات حين يـــأتي العـــدول مـــن أحـــد الطرفين فقط ، وهنا تثار مسألة العدول عن الخطبة وما يرتبط به من نتائج وآثار ، ونتناول بيان ذلك في مبحثين ، ثم نشير إلى انقضاء الخطبـــة فـــي مبحث ثالث .

المبحث الأول

العدول عن الخطبة

العدول عن الخطبة عند المسيحيين :

يجوز في المذاهب المسيحية الثلاثة العدول عن الخطبة . ولكن آثار العدول تختلف في كل مذهب . خاصة إذا كان العدول لا يحتاج إلى مبرر وذلك في شرائع غير المسلمين كما يلي :

(١) **عند الأقباط الأرثوذكس** : يجوز العدول عن الخطبة ويثبت في محضر يحرر بواسطة الكاهن ويؤشر بمقتضاه على عقد الخطبة ، وحينئذ يجب على الكاهن إخطار الطرف الآخر بالعدول (م١١) .

فإذا كان عدول الخاطب عن الخطبة بغير مقتضى ، فلا يكون له الحق في استرداد ما يكون قد قدمه من مهر أو هدايا ، أما إذا كان العدول من المخطوبة بغير مقتضى ، فعليها أن ترد للخاطب ما قدمه لها من مهر أو هدايا غير مستهلكة ، ويجوز لكل من الطرفين أن يطالب الآخر أمام المجلس الملى (المحاكم العادية الآن) بتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر جراء العدول عن الخطبة (م١٢) .

(٢) **وعند الكاثوليك** : لا يجوز لأحد الخاطبين إلزام الآخر عن طريق القضاء بإبرام الزواج ، وهذا يعنى أنه ليس هناك التزام قانوني على عاتق أحد الطرفين بإتمامه ، فيجوز العدول عن الخطبة عندهم .

ويجوز وفقاً لنص المادة (٣)الحكم بالتعويض على من يعدل عن الخطبة إذا كان له أسباب تبرره ، أو كما يقول النص : يحكم به أن وجب ولكن متى يكون التعويض واجباً ؟ ذلك ما لم يبينه النص ، الأمر الذي يعنى أنه قد تركه لتقدير القضاء .

(٣) **وفي شريعة الإنجيليين الوطنيين** : يجوز أن يعدل كل من الخطيبين عن الخطبة ، وإذا كان عدوله بدون سبب مقنع أو مبرر كاف فإن السلطة المختصة تحكم على الآخر بالتعويضات التي يخصم منها ما يكون قد دفع نقداً من أحد الخطيبين . ومن نكث عن الخطبة تضيع عليه الهدايا العينية ، و تبقى للآخر ، وقد قررت المادة (٤) من شريعة الإنجيليين أن السبب الكافي لفسخ الخطبة يكون بأحد الأسباب الآتية :

أولاً : إذا ظهر فساد في أخلاق أحدهما فيما يختص بعفته ولم يكن معلوماً للآخر قبل الخطبة .

ثانياً : إذا ظهرت بأحدهما عاهة سابقة على الخطبة ولم تكن معلومة للآخر.

ثالثاً : إذا وجد بأحدهما مرض معد .

رابعاً : إذا اعتنق أحدهما ديناً آخر بعد الخطبة .

خامساً : إذا ارتكب أحدهما جريمة مخلة بالشرف مهما كان الحكم الذي قضي به عليه بسببها .

سادساً : إذا ارتكب أحدهما جريمة غير مخلة بالشرف وحكم عليه بسببها بالحبس سنة فأكثر .

سابعاً : إذا غاب أحد الخطيبين إلى جهة غير معلومة للآخر أو بدون رضاه وطالت مدة الغياب حتى بلغت سنة علاوة على الأجل المحدد للزواج .

هذا ويلاحظ أن هذه الأسباب ليس واردة على سبيل الحصر إذ أن ما يعتبر مبررا للفسخ مسألة تتأثر بالزمان والمكان . وبالتالي يمكن أن تستجد أسباب أخرى ، ولتخضع المسألة في النهاية لتقدير القضاء .

الفقه والقضاء وموقفهما من العدول :

من المقرر أن الخطبة تعتبر تمهيداً للزواج ، فطبيعتها تقتضي أن تكون وعداً غير ملزم ، وما دامت طبيعتها كذلك فإن العدول عنها يجب أن يكون وارداً دون قيد ، وتكون حرية العدول أمراً مقرراً ، ولهذا انتقد الفقه ما ورد على العدول من قيود ، قد تسفر غن أضرار بالغة على الفرد والمجتمع .

فقد يرى أحد الخطيبين خوفاً من شبح التعويض أن يتم الزواج على غير تفاهم ومحبة ، ثم لا يجد في حياته الزوجية ما كان ينشده من سعادة فيسعى للتخلص من قيده بوسائل غير مشروعه كارتكاب الفاحشة مما يزلزل كيان المجتمع ويعصف بالأسرة .

ومعروف أن الشريعة المسيحية تقيد أسباب انحلال الزواج ، فكان من الملائم أن يكون الارتباط قانوناً بالزواج بمطلق الحرية وكامل الرضا حتى لا يضطر أحد الزوجين بعد ذلك إلى البحث عن حيلة للخلاص منه فلا يجد إلا منافذ ضيقة .

وإذا كان من المظنون أن تلك الجزاءات المالية المقررة كقيد يرد على حرية العدول لن تطبق إلا في حالة افتقاد العدول إلى مبرر ، فإن معيار تلك المبررات غالباً ما يكون شخصياً ويخضع فيه قرار الارتباط للهوى والميل القلبي ، مما يجعل ورود تلك الجزاءات بصددها غير ذي معنى ، كما أن إلزام من عدل عن الخطبة بإثبات المبرر الذي أدي به للعدول

غالباً ما يؤدي إلى إحراج من يقع عليه عبء الإثبات وسيؤدي إلى إلحـــاق أكبر الضرر إلى الطرف الآخر خاصة إذا كان هـــو المخطوبـــة ، وهـــذه الأضرار لن يجبرها ذلك التعويض المرتقب وقد يؤدي هذا الإثبـــات إلـــى إفشاء أسرار العائلات وإظهار ما تحرص الأديان على ستره ، وقد ينجـــم عن إذاعة تلك الأسرار التي قد تتصل بالشرف مـــا يمـــس النظـــام العـــام والآداب .

لكل هذا فقد انتقد الفقه ذلك التقييد الوارد على حرية العدول ، وقرر عـــدم جواز تقييد حرية العدول بأي قيد ، وهذا ما استقر عليـــه القضـــاء وأيدتـــه محكمة النقض [1].

---

(١) حكم محكمة النقض في ١٩٣٩/١٢/١٤- مجموعة عمر – جـ٣ – ص٣٠ رقم (١٤).

المبحث الثاني

آثار العدول عن الخطبة

إذا حدث العدول عن الخطبة فإن أول ما يثار مسألة استحقاق المهر والهدايا .

حكم المهر والهدايا بعد العدول :

الأصل في المهر أنه مبلغ من المال يقدمه الخاطب إلى مخطوبته بهدف مساعدتها على إعداد منزل الزوجية ، فالمفروض فيه أنه يقدم على أساس أن الزواج سوف يتم ، وإذا كان أصله كذلك فإنه لا يكون واجبا إذا لم يتم الزواج يستوي في هذا أن يكون العدول بمبرر أم بدونه ، ويجب على المخطوبة رده متى حدث العدول عن الخطبة وإلا كان احتفاظها به من قبيل الإثراء بلا سبب [1] .

ومع ذلك فقد ذهب رأي في الفقه إلى الأخذ بما قررته الشريعة المسيحية في هذا الصدد ، أي عدم رد المهر إذا كان الخاطب هو الذي عدل بدون مبرر ورده إذا كان عدوله بمبرر ، أو كانت المخطوبة التي عدلت دون مبرر ، وسنده في ذلك أن العدول دون مبرر يؤدي إلى حدوث ضرر أدبي يبرز بصفة خاصة في حالة ما إذا كان الخاطب هو الذي عدل ، حيث يكون الضرر الأدبي الذي أصاب المخطوبة في هذه الحالة مؤكدا .

أما الهدايا فهي عبارة عما يقدم من أحد الخطيبين للآخر إظهارا للمحبة والتماسا لوده فإن وضعها يختلف عن المهر ، فإذا كان الأخير لا يجب ألا بالزواج ، فإن معنى الهدايا مختلف فيمكن أن تقدم بمناسبة الزواج ،

(١) د. سعيد جبر . المرجع السابق . ص٩٨ والمرجع السابق المشار إليها فيه .

كما يمكن أن تقدم في أي مناسبة أخرى بين الأقارب والأصدقاء بعيداً عن التفكير في الزواج أو الشروع فيه .

وقد ساد اتجاه فقهي يؤيده قضاء النقض ، يرى أن الهدايا التي تقدم من أحد الخطيبين للآخر تأخذ حكم الهبة ، وحينئذ تطبق عليها أحكام القانون المدني، خاصة فيما يتعلق بالرجوع في الهبة .

وتنص المادة (٥٠٠) من القانون المدني على أنه : " يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك ، فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع .

ويعتبر من الأعذار المقبولة للرجوع في الهبة إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جموداً كبيراً من جانبه ، (م٥٠١) مدني .

وتأسيساً على ذلك ، فإنه إذا عدل الخاطب عن الخطبة وأراد استرداد ما قدمه من هدية مثل " الشبكة " التي سبق أن قدمها لخطيبته ، فإذا لم ترض بذلك فإن عليه أن يقدم عذراً يبرر هذا الاسترداد ، ومن الأعذار المقبولة في هذا الشأن و الصدد أن يثبت أن خطيبته قد أخلت بواجبها نحوه أو نحو أحد من أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال منها جحوداً كبيراً .

ويشترط ألا يكون هناك مانع من الرجوع في الهبة مثل هلاكها بالاستعمال أو تصرف الموهوب له في الشيىء الموهوب تصرفاً نهائياً ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيىء فإنه يجوز الرجوع في الباقي ، (م٥٠٢) مدني .

التعويض في حالة العدول وأساسه :

وقد ثار التساؤل عن مدى إمكان التعويض عما يؤدي إليه عدول أحد الخطيبين من إلحاق ضرر بالطرف الآخر ، والأساس القانوني لهذا التعويض : ومن المعروف أن الشرائع المسيحية تعتبر أن العدول عن الخطبة دون مبرر موجبا للتعويض . وقد اختلفت آراء الفقهاء حول أساس التعويض في تلك الحالة . أو مدى طبيعة المسئولية التي تثقل كاهل من عدل ، وهل هي من قبيل المسئولية العقدية أو من قبيل المسئولية التقصيريه .

ذهب رأي في الفقه إلى أن عقد الخطبة له صفة الإلزام ويترتب عليه التزام بإتمام عقد الزواج في الميعاد المحدد . ما لم يوجد مبرر قوى يؤدي إلى العدول عن الخطبة، ولما كان تنفيذ هذا الالتزام لا يمكن أن يتم عينا لأن فيه مساسا بحرية المدين الشخصية ، فإن التنفيذ فيه يكون بمقابل أي أن من يعدل عن الخطبة يكون قد أخل بالتزام عقدي التزم به . والتنفيذ العيني في هذه الحالة غير ممكن ، فينتقل إلي طريق التعويض ، فالمسئولية عقدية[1].

بينما ذهب رأي آخر إلى : أن الخطبة عقد غير لازم ، أي لا ينشأ عنها التزام بإبرام الزواج ، ومن ثم فإن عدول أي من الخطيبين عن الخطبة لا يعد إخلالا بالتزام ولا يرتب أية مسئولية ، وبالتالي لا يكون هناك مجال لتأسيس التعويض على المسئولية العقدية ، وإذا كان ذلك كذلك ، فهل يمكن أن يجد التعويض أساسا له في المسئولية التقصيرية ؟

---

(١) د. سمير تناغو : أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين – ص٣٨ .

د. شفيق شحاته : أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين جـ١ص٨٨ .

والمسئولية التقصيرية تقوم على افتراض وجود خطأ سبب ضررا للغير، ونظرا لأن الشرائع المسيحية ترتب الالتزام بالتعويض في حالة ما إذا كان العدول دون مبرر ، فهل العدول في حد ذاته يعتبر مكونا لركن الخطأ في المسئولية التقصيرية يستوجب التعويض ؟ •

قال بذلك بعض الفقهاء ، حيث يرون أن العدول دون مبرر يعتبر في حد ذاته خطأ يستوجب التزام من ارتكبه بالتعويض[1] ، ومن الصعب قبول هذا الرأي ، في ظل ظروف تجد أنه من الأسلم فيها والأصوب أن تكفل حرية العدول دون قيد يحد منها ، حتى لا تنشأ أسرة في ظل تنافر لا يري أحد الطرفين فيه إتمام الزواج ، فإن مثل تلك الأسرة تنشأ وهي تحمل في طيات نشأتها عوامل تقويضها . ولا يتفق مع ذلك النظر اعتبار العدول خطأ يرتب المسئولية .

ومن ثم فقد ساد رأي في الفقه [2] يرى أن العدول في حد ذاته لا يكون ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية لمن عدل حتى ولو دون مبرر، وإنما إذا صاحب العدول فعل خاطئ أصاب الطرف الآخر بضرر مادي أو أدبي. فإن الطرف الآخر تقوم المسئولية عليه ، وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض [3].

وتأسيساً على ذلك فإنه إذا طلب أحد الخاطبين من الآخر تجهيز منزل الزوجية فتكبد مصاريف باهظة ثم بعد ذلك عدل الطرف الأول فإنه يكون مرتكبا بهذا العدول لخطأ تقصيري يستوجب التعويض لما لحقه من

---

(١) د. أحمد سلامة : الوجيز في الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين ص ١٥٤ .

(٢) د. عبد الودود يحي : المرجع السابق ص ١١٥ ، د. سعيد جبر المرجع السابق ص – ١٠٣.

(٣) نقض مدني في ١٩٦٠/٤/٨ ، مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٥٥ – ص ٣٥٩ .

ضرر مادي بالطرف الآخر ، ونظير ذلك ما إذا طلب الخاطب من المخطوبة ترك وظيفتها ففعلت ثم عدل عن الخطبة فإن مسئوليته عن الأضرار المادية التي أصابتها تكون مؤكدة ، وكذلك أيضا إذا أقترن العدول بطعن الخاطب خطيبته في شرفها ، فذلك ضرر أدبي يستوجب التعويض .

أما إذا لم يصاحب العدول فعل خاطئ مستقل عنه ومسبب لضرر أدبي أو مادي فإن المسئولية التقصيرية لا تقوم في هذه الحالة ولو كان العدول طائشاً ، مثل عدول الخاطب بسبب رفض والد المخطوبة أن يهبها جزءاً من أمواله [1] ، وكذلك إطالة أمد الخطبة ثم العدول عنها ، ويجوز في النهاية لمن وقعت عليه المسئولية التقصيرية بسبب العدول تجاه الطرف الآخر ، إجراء المقاصة بين دين التعويض ودين المهر والهدايا الواجبة الرد وفقاً لقواعد الرجوع في الهبة .

آثار العدول عن الخطبة عند اليهود :

في شريعة الربانيين رأينا أن الخطبة : تعتبر اتفاقاً غير لازم يجوز فسخه وكان من المفروض أن لا تجوز مطالبة من يعدل عن الخطبة بالتعويض ، لكن كتاب ابن شمعون يتضمن أحكاماً تخالف هذه القواعد العامة ، فالمادة السابعة تنص على أنه يجوز الاتفاق على غرامة يلتزم بها من يعدل عن الخطبة من العاقدين ، وتضيف المادة الثامنة أن من ينقض الخطبة لا يلزم بدفع شيىء غير الضروري ولا تسقط هذه الغرامة إلا إذا توافر سبب من أسباب سقوطها ، مثل : وفاة أحد الخاطبين ، أو ظهور عيب به لم يكن

---

(١) الحكم السابق .

يعلم به الآخر أو طروء عيب حادث مثل الجنون والأمراض المعدية بعد الخطبة ، أو ثبت على إحدى العائلتين شرعاً ارتكاب الفاحشة ، أو إذا خالف قريب إحدى العائلتين الديانة أو المذهب ، أو إذا ساء سلوك الخاطب أو أسرف أو أتضح أنه عديم التكسب أو إذا علم الخاطب أن المخطوبة مات لها زوجان (م٩) من كتاب ابن شمعون .

ويلاحظ أن هذه المواد تعول على وجوب التعويض على من عدل عن الخطبة رغم أنها عقد غير لازم وتقتضي طبيعتها أن يكون لكل من العاقدين فيها الحق في الرجوع دون إلزامه بدفع تعويض للطرف الآخر إلا إذا كان العدول يكون خطأ يستوجب التعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

وأما فيما يتعلق برد المهر والهدايا في حالة العدول عن الخطبة أو وفاة أحد الخطيبين فتنص المادة (١٤) من كتاب ابن شمعون على أنه :" إذا أهدى أحد الخاطبين شيئا إلى الآخر وجب على المهدي إليه رده أو دفع قيمته غير أن الهدية إذا كانت من المستهلكات أو مما يتلف طبعا بالاستعمال فردها أو تعويض قيمتها غير واجب "وهي بهذا النص تتفق مع القواعد العامة .

ولا علاقة برد المهر والهدايا بالمسئولية عن العدول فيجب ردهما في جميع الحالات ، سواء كان العدول بمبرر أم كان العدول يستوجب تعويض الطرف الآخر..

وعند القرائين : تعتبر الخطبة وعداً بالزواج ، ومع ذلك فإنها يمكن أن يترتب على العدول عنها الحق في التعويض وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، أما بالنسبة للمهر والهدايا فتخضع لقواعد الهبة والإثراء الوارد في التقنين المدني .

أساس التعويض عن العدول :

استبان لنا أن طبيعة الخطبة لا تسمح بالتعويض عن العدول عنها، لا على أساس النظرية العقدية ، أو النظرية الخطئية ، أو على أساس أنها وعد ، وإذا كان ذلك كذلك فما هو أساس التعويض في حالة الأضرار التي تنشأ عن العدول فيه ؟ ، ذلك ما نود دراسته في هذا المبحث.

إن هذا الأساس يتمثل في المسئولية التقصيرية ، وهي تتألف من الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وذلك ما اتفقت عليه الشرائع عند المسلمين وغيرهم، كما اتفقت عليه نصوص أحكام الأسرة والمبادئ التي تحكمها[1]، ونود بيان ذلك.

---

[1] د. توفيق فرج – السابق – ص ١٣٤ ، د. محمد أبو زهرة – عقد الزواج وأثاره – ص ٦٠ وما بعدها، د. محمد يوسف موسى – السابق – ص ٥٢ وما بعدها، د. جميل الشرقاوى – السابق – ص ١٠٨، د. أحمد سلامة – السابق – فقرة ٢٠٦ وما بعدها.

المطلب الأول
الخطأ المقترن بالعدول عن الخطبة

تمثل فكرة الخطأ أهم موضوعات المسئولية المدنية، لأنها تمثل ركيزة أساسية في ترتيب الآثار الناشئة عن تلك المسئولية من جهة أنها بمثابة السبب في ترتيب تلك الآثار ، ورغم وضوح موقفها وأهمية دورها في هذا الصدد ، إلا أن النصوص القانونية المتعلقة بالمسئولية المدنية لم تتضمن تعريفا لها يحدد مفهوم الخطأ بصفة عامة، ومن باب أولى في مجال المسئولية عن الخطأ المقترن بالعدول عن الخطبة، ولكن فيما يتعلق بالخطأ كركن من أركان المسئولية ، فقد وضع نص المادة (١٦٣) مدني مصري الأساس لهذا الركن ، حين قررت : "أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" ، ويلاحظ على هذا النص أنه رغم إشارته إلى الخطأ ضمن كلماته ، إلا أن تلك الإشارة لم تتضمن تعريفا له أو بيانا لطبيعته ، وإن كانت قد أفصحت عن أنه إذا ترتب عليه ضرر للغير، فإنه يكون مستلزما للتعويض على من ارتكبه لمن سبب له ذلك الخطأ ضررا ، وقد تلمست المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري العذر في عدم تعريف الخطأ بقولها : " وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الخطأ في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدى قط إلى وضع بيان جامع مانع ، فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي ".

كذلك الأمر فيما يتعلق بالنصوص المتعلقة بالمسئولية العقدية، حيث لم تتضمن هي الأخرى تعريفاً للخطأ ، وإنما أشارت إلى علاج آثاره لمن أصابه ذلك الخطأ بضرر ، وذلك على نحو ما نصت عليه المادة (٢١٥ مدني مصري) بقولها : " إذا استحال على الملتزم أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه القاضي بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " ، ومقتضى هذا النص أن المتعاقد الذي التزم ولم ينفذ التزامه ، دون أن يمنعه من التنفيذ قوة قاهرة ، أو حادث مفاجئ يعتبر مخطئاً بمجرد عدم الوفاء بالالتزام[١].

أما تعريف الخطأ ، فإن هذا النص لم يتعرض له ، وإن كان سابقه قد أشار إلى وضع المبادئ العامة للمسئولية المدنية بأركانها الثلاثة الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهما[٢].

---

(١) السنهوري – الوسيط – جـ١ – فقرة ٤٢٧ – الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية، ومجموعة الأعمال التحضيرية السابق ص ٥٤٦، د. حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – ص ٤٣١ – مطبعة نوري بالقاهرة ١٩٤٣م.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – ص ٤٥٠ – دار النهضة العربية ١٩٦٠م.

ضوابط فكرة الخطأ في القانون :

ومع ذلك فإن هذه النصوص القانونية قد ساهمت إلى حد كبير في وضع الضوابط العامة التي تحكم الخطأ بما يعين الفقه على التعريف به على نحو تام، من خلال تحرى تلك الضوابط بما يبين ماهيته، ويحدد طبيعته، وتتمثل تلك المبادئ في أنه يجب على الكافة عدم الإضرار بالغير، وأن يبذلوا في كل أعمالهم عناية الرجل الحريص، وأنه يجب على كل متعاقد الوفاء بما التزم به، ذلك من ناحية المبادئ العامة، أما من ناحية التعريف بالخطأ فقد أوكل هذان النصان تلك المهمة للفقه والقضاء بما يمكن استخلاصه من تلك المبادئ، ومن طبيعة أوامر القانون ونواهيه[١].

التعريف بالخطأ في فقه القانون:

كان من الضروري وقد خلت النصوص القانونية من التعريف بالخطأ ، أن يتدخل الفقه للاضطلاع بتلك المهمة ، ولم يكن الأمر بالنسبة له سهلاً ميسوراً، بل اعترى تلك المهمة من الصعوبات ما جعل وصول الفقه لتعريف محدد للخطأ أمراً بالغ الصعوبة، ولعل مرد ذلك إلى أمرين:

أولهما: أن كلمة الخطأ يندرج تحتها عدد لا يمكن حصره من السلوك الإنساني ، وكان تطبيق معنى الخطأ على تلك السلوكيات المتعددة مما تختلف أنظار الفقهاء بشأنه[٢]، من منطلق أن ذلك مما تقتضيه الصنعة

---

(١) في هذا المعنى: د. محمد حسين الشافعي – ركن الخطأ في المسئولية المدنية – ص ٩٢، وما بعدها– دار النهضة العربية ١٩٩٠م.

(٢) د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – جـ٢ – ص ٤٤٣ – طبعة ١٩٥٤، حيث يقرر: أن كلمة الفقهاء لن تتفق على تعريف للخطأ ويرجع ذلك إلى أن فكرة الخطأ غير محددة، كما أنها تتصل بالأخلاق من قريب، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محددة ولا منضبطة، وفي هذا المعنى: الأستاذان حسين، وعبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية – ص ١٣٥ – دار المعارف ١٩٧٩م.

الفقهية في مثل هذا المصطلح. بيد أن تلك التعريفات لم تسلم من النقد، ولم تخلص من المناقشة وكان الوصول إلى تعريف جامع مانع لتلك الأنماط المتعددة من السلوك أمراً شاقاً[1].

ثانيهما: أن الخطأ يأتلف في ذاته من عنصرين هما: الفعل الخطأ أو السلوك الخاطئ، ومن صدر منه السلوك أو فاعله، والنظر إلى مجرد الفعل الضار اجتماعيا - فى ذاته - والذى ينطوي على خطر يهدد الغير هو ما يعرف بالاتجاه الموضوعي الذي وجد صدى كبيرا لدى الفقيه الفرنسي: "ديموج"، الذي يرى أن الخطأ يتكون من عنصرين.

أولهما: موضوعي يتمثل في الاعتداء على حق الغير.

وثانيهما: شخصي يتمثل في إمكان توقع الاعتداء من المعتدى بما يعنى اشتراط الإدراك والتمييز لدى الشخص، وإن كانت لا تتعلق بركن الخطأ أو جوهره، لأن أثرها يقتصر على مجرد تحديد ما إذا كان الشخص أهلا لتحمل المسئولية من الوجهة القانونية أو لا[2]، وفى مثل هذا المعنى الفقيه: "جوسران"، الذي يرى أن الخطأ يتمثل فى الاعتداء الواقع على حق الغير دون مبرر يدفع الفاعل لارتكابه كحفظ حق أقوى أو معادل على

د. سمير تناغو – نظرية الالتزام – ص ٣٢٨ – منشأة المعارف بالإسكندرية.

[1] فى هذا المعنى: د. سليمان مرقس – دروس لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية – فقرة ٨٢ – القاهرة ١٩٥٤م، وفى الفقه الفرنسي:

Marty (G) et Raynaud (P): Cours de Droit civil approfondi, les grands arvcles, p.385. No 297. Paris 1962.

[2] Demogué (Rene): Trait des oblgation en genera, T.3., No.225, Paris. 1923.

الأقل[1]، وقد اقتصر تصوير فقهاء هذا الاتجاه على زاوية التعدي فقط، دون اهتمام بالنظر إلى مسلك فاعل الضرر.

أما النظر إلى شخص الفاعل على نحو يعتد بفكرة الإثم فى الخطأ فإنه يمثل النزعة الشخصية.

ووفقاً لمقتضى هذا الاتجاه يعرف الخطأ بأنه: انحراف الشخص عن السلوك المعتاد، الذي يوائم بين سلوك الفرد ومصلحة الجماعة كلها على نحو يقدر به كل فرد منها على ممارسته لحقوقه، الذي يعنى في النهاية أن كل حق مقيد بواجب لصالح الآخرين.

والسلوك المعتاد هنا هو الذي يصدر من شخص معتدل بحيث يمكن أن يكون مسلكه نموذجاً يحتذي ويمثل الخروج عنه خطأ، فهو ليس شخصاً خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود اليقظة خامل الهمة، فينزل إلى الحضيض، وإنما له منها القدر الذي تألفه عامة الناس فهو الرجل الوسط[2]، وذلك على نحو ما سنرى.

---

[1] Josserand Cours de Droit civil, Positive Francais. 3e, ed; T.2, No 722. Ets. Paris, 1933.

[2] د. عبد الفتاح عبد الباقى – تحديد الخطأ التقصيرى كأساس للمسئولية فى ظل القانون الكويتى والقانون المعاصر – مع المقارنة بأحكام الفقه الإسلامى – مجلة المحامى بالكويت – سبتمبر وأكتوبر ١٩٧٨،س ٢ – العددان ٣،٤ – ص ٣١.

د. سليمان مرقس – دروس لطلبة الدكتوراه – فقرة ١٢٥، وله أيضا: شرح القانون المدنى – جـ٢ – فقرة ٣٦٤، د. أحمد حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى – فقرة ٤٣٣ ، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – فقرة ٥٤٦، والوسيط للسنهورى – فقرة ٥٢٨، ص ٨٨١، حيث يقرر أن الخطأ فى المسئولية التقصيرية إخلال بواجب قانونى، ثم يرى مع ذلك: أنه انحراف عن السلوك المعتاد بما يوجبه من يقظة وتبصر، وراجع: د. عبد المنعم فرج الصده – مصادر الالتزام – ص ٤٥٠ – دار النهضة العربية ١٩٨٤، حيث يعرف الخطأ بأنه: إخلال الشخص بالتزام قانونى مع إدراكه لهذا =

وهناك اتجاه ثالث في تعريف الخطأ يجمع بين الاتجاهين الشخصي والموضوعي، حيث يأخذ هذا الاتجاه بالنزعة الشخصية في تحديد الخطأ مع تطعيمها ببعض الأفكار الموضوعية، ويصور الخطأ بأنه عمل مخالف للقانون، أو عمل غير مشروع، فهو لا يتسم بصيغة موضوعية بحتة بتقريره أن كل فعل يمثل اعتداء على حقوق الغير يكون خاطئا، ولا يقتصر فقط على تلك الأفعال المخالفة للقانون كما يذهب الاتجاه الحالي [1]، وقد لقي هذا الاتجاه نقدا كبيرا فيما يتعلق بالفعل المخالف للقانون والذي يعتبر الخطأ فعلا مخالفا له، وماذا يعني، ومتى تكون أمام مخالفة للقانون؟، وهل هي تحقق مخالفة القانون فقط عندما يكون هناك عمل مخالف لنص واضح في القانون؟، لو كان أمر الخطأ كذلك لضاق نطاق الخطأ، واقتصرت المسئولية فيه على نطاق محدود للغاية، لأن القانون لا يحظر إلا الأعمال التي تتسم بخطورة جسيمة[2]، ومن ثم يظل التساؤل قائما بالنسبة لما يعد مخالفا للقانون وما لا يعد كذلك بالنسبة للأعمال الغالبة التي لا يرد بشأنها نص صريح فيه[3]، ومن ثم لا تظهر كفاية هذا التعريف حين يواجه حقيقة الوضع في القانون من حيث عدم تضمنه حصراً للأفعال غير المشروعة، كما أن تدخل القانون بالحظر لا يكون مطلقاً، وإنما ليمنع سلوكاً معيناً هو الذي يتسم بالرعونة أو الإهمال أو عدم التبصر، ومن ثم يبقى التساؤل قائماً متى نكون قد وقعنا

- الإخلال، فهو إخلال بالتزام قانوني، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٣٠٦ – دار النهضة العربية ١٩٨٣م.

(١) د. إبراهيم أبو الليل – المسئولية المدنية بين الإطلاق والتقييد – ص ٤٧ – دار النهضة العربية.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي – السابق – ص ٢٦.

(٣) د. إبراهيم أبو الليل – السابق – ص ٤٨.

في المحظور؟[١]، ومن مقتضى هذا التعريف أن من يقوم بعمل مشـروع لا يسأل عن نتائج عمله لأنه لن يكون خاطئاً، وهو ما يخالف الحقيقة إذ مـن المسلم به أن الشخص قد يسأل في حالات عديدة رغـم أن الفعـل الـذي يرتكبه يكون عملاً مشروعاً غير مخالف للقانون، ووفقاً لهذا الاتجاه عـرف الأستاذ: (سافاتييه) الخطأ بأنه: إخلال الشخص بواجب قانوني سبق وجـوده على نحو يمكن تبينه ومراعاته[٢]، وهذا التعريف يقتضي مخالفة الواجـب القانوني مع إمكان إدراك المخالف للواجب علـى نحـو إسـناد المخالفـة ويخرج الأشخاص الذين لا يعقلون من نطاق المسئولية عن أفعالهم[٣]، ومن ناحية الواجب الذي يلتزم به الشخص، فقد توسع فيه بمـا يجعلـه شـاملاً للواجب العام المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير[٤]، وهو ما يمثـل تقدماً كبيراً نحو الأخذ بالمذهب الموضوعي في الخطأ.

ومع هذا التشعب في الأخذ باتجاه معين لتعريـف الخطـأ، تكـثر الملاحظات وتتعدد المناقشات بما ينعكس على كل اتجاه، ومع ذلـك فـإن الوصول إلى تعريف يتلافى معظم تلك الملاحظات، إن لـم يكـن كلـها، ويستوعب جميع خصائص الخطأ، بما يستوعب كل سلوك ينطـوي علـى معناه ليس أمراً متعذراً.

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي – المرجع نفسه.

(2) Savatier (R): Trait de la responsabilite civil en droit Francais, Vol.,2, eme, ed. No.4, ets, Paris 1951.

(3) Savatier: OP.Cit. P.16.

(4)Savatier: OP.Cit. P.41.

حقيقة الخطأ في اللغة واصطلاح الفقهاء:

الخطأ لغة: ضد الصواب، وهو بمعنى: الذنب، كما يطلق الخطأ، ويراد به ما يقابل العمد، والخاطئ من قصد لما لا ينبغي [1]، والمخطئ في دينه من سلك سبيل الخطأ عامدا[2].

وفى الاصطلاح القانوني:

لا تخرج فكرة الخطأ عن كونه: إتيان فعل لا يجوز قانونا، وإن كان ورود تعريف له على هذا النحو لا يسلم من النقد، لأنه لم يقدم جديدا[3]، وقد عرفه جانب من الفقه بأنه: الإخلال بواجب قانوني سواء كان التزاما بالمعنى الدقيق أو واجبا عاما تترتب المسئولية التقصيرية على الإخلال به[4]، كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: الإخلال بواجب قانوني يقترن بإدراك فاعله له[5]، فكل شخص يلتزم بأن يسلك في المجتمع مسلك الشخص اليقظ المتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب الاتباع، وكان مدركا للخطأ، فإن ركن الخطأ يتحقق في هذه الحالة[6].

---

(1) مختار الصحاح – ص ١٧٩، لسان العرب – لابن منظور – جـ٢ – ص ١١٩٢ – مادة (خطأ).

(2) القاموس المحيط – جـ١ – ص ١٤.

(3) د. السنهورى – الوسيط – جـ٢ – فقرة ٥٢٦، د. محمد على عمران – مصادر الالتزام الإدارية وغير الإدارية – ص ١٥٤ – مكتبة سعيد رأفت ١٩٨٣م.

(4) د. إسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – جـ٢ – فقرة ٢٤، د. عبد الرازق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – المصادر غير الإدارية – ص ١٣ – مطبعة الفجر الجديد ١٩٨٣م.

(5) د. السنهورى – السابق – فقرة ٥٢٧.

(6) د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص ١٣.

وفى الفقه الفرنسي: عرفه الأستاذ "بلانيول"، بأنه : "الإخلال بالتزام سابق"، وقد حاول أن يقدم جصراً بالأعمال التي يعتبر الإخلال بها خطأ فى: الامتناع عن الغش، والعنف.وعدم الالتزام بعمل لا تتوافر فيه قدرة القيام به، واتخاذ الحيطة في القيام بواجب الرقابة على الأشياء أو الأشخاص(١).

وهذا التعريف يمتاز بأنه يستوعب الحالات التي يكون الالتزام فيها محدداً بنص قانوني، وإن أخذ عليه أنه لا يصلح عندما يكون الإخلال بالالتزام غير محدد، وإن كان حصر الأستاذ بلانيول قد قرر المبادئ العامة لها، بما يخفف من وطأة هذا النقد، إلا أنه ربما كان ما قرره فى هذا الخصوص أقرب إلى تقسيم الخطأ منه إلى التعريف به(٢).

أركان الخطأ فى فقه القانون:

ومن خلال تلك التعريفات يبدو أن للخطأ ركنين هما: الركن المادي والركن المعنوي.

(١) الركن المادي :

ويتمثل في انحراف السلوك حين يخرج صاحبه عن الوضع المألوف بين الناس، وذلك بتجاوز الحدود الواجب التزامها، مما يؤدى إلى التعدي على حق الغير أو مصلحة مشروعة له، فإذا تعمد شخص الإضرار

---

(١) Planiol (M): Etude sur Responsabilite Civil, Revue Critingue Legis et Juris, 1905, p.279.

(٢) في هذا المعنى: حسين وعبد الرحيم عامر – المسئولية المدنية – السابق – ص ١٤٠ وما بعدها، فقرة ١٩٦.

بالغير أو أهمل أو قصر دون أن يكون متعمدا، إلا أن فعله قد ترتب عليه ضرر للغير فإنه يكون مسئولا.

والحدود الواجب التزامها تعتبر واجبات قانونية محددة، حيث يفرض القانون بطريق مباشر، وبنصوص خاصة واجبات معينة تلزم المكلف بالقيام بأعمال محددة أو بالامتناع عن أعمال معينة، فإذا قام المكلف بما هو مأمور به، أو امتنع عما هو منهي عنه، فقد أدى الواجب ولم يقع في خطأ وإلا كان مخطئا وبالتالي يكون مسئولا عن الأضرار التي سببها للغير بهذا الخطأ[1].

ومن هذا القبيل ما تفرضه لوائح المرور على قائدي السيارات، من واجب التزام يمين الطريق، وواجب إضاءة السيارات ليلا، وواجب استعمال آلات التنبيه عند مفترق الطرق، إلا في أوقات وأحياء معينة، وواجب عدم مجاوزة حد معلوم من السرعة، وواجب السير في طريق محددة أو في اتجاه واحد وكذلك ما تفرضه قوانين العمل أو التوظف من واجبات محددة على عاتق العاملين[2].

ففي جميع هذه الأحوال يسهل ضبط الخطأ باعتباره إخلالاً بالتزام محدد قانوناً، غير أنه يغلب في هذه الالتزامات المحددة أن تكون مقررة بالنسبة إلى الأحوال العادية، فإذا طرأت ظروف غير عادية، فإن هذه الظروف يمكن أن تؤثر على الخطأ زيادة أو نقصاً، فإذا كانت السرعة

---

(1) د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – جـ٢/٢ الفعل الضار – القسم الأول – الأقسام العامة – ص ١٨٩ – طبعة ١٩٨٨م، وله أيضاً: ضبط معيار الخطأ – منشور ضمن مجموعة بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية – ص ٣ وما بعدها – طبعة ١٩٨٧م.

(2) نقض مدني من ١٩٦٧/١/٣، مجموعة أحكام النقض – س ١٨، ص ٣٠١١.

العادية التي تحدثت عنها لائحة السيارات هي السرعة التي يجب عدم تجاوزها في الظروف العادية. فإن ظروف الحال إذا اقتضت سرعة أقل، تكون مراعاة مقتضيات هذه الحال واجبة، وحينئذ يتعين مدى الواجب بالرجوع إلى معيار الرجل العادي[1].

غير أن قصر دائرة الخطأ على الإخلال بتلك الواجبات المنصوص عليها صراحة يؤدى إلى تضييق نطاق العنصر المادي للخطأ تضييقاً شديداً، يجعل قواعد المسئولية المدنية تقصر عن تحقيق العدالة وما تقتضيه من تعويض في كثير من الحالات الأخرى.

لذلك سرعان ما سلم بوجوب عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونية المنصوص عليها صراحة، وبضرورة الكشف عن واجبات قانونية أخرى غير منصوص عليها، ويعد الإخلال بها خطأ يستتبع المسئولية والتعويض[2].

الواجبات القانونية غير المنصوص عليها:

استتبع عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونية المنصوص عليها صراحة، ضرورة الكشف عن واجبات قانونية غير منصوص عليها، وقد ظهرت في هذا السبيل عدة محاولات تستهدف تحقيق ذلك مما أدى لظهور ثلاثة اتجاهات:

---

(1) حكم النقض الجنائي في ١٩٤٣/٣/١ - المحاماة ٢٥-٥٢/٢٨، وفى حكم آخر لها بتاريخ ١٩٥٧/١/٧م، قضى فيه بأن: السرعة التي تعتبر خطراً على حياة الجمهور وتصلح أساساً للمسئولية فى جرائم القتل والإصابة بالإهمال، إنما يختلف تقديرها بحسب الظروف المحيطة بالحادثة والفصل فى ذلك هو فصل في مسألة موضوعية، المحاماة ٣٨-٤٩٠-١٨٤.

(2) د. سليمان مرقس - الوافي - السابق - ص١٩٠.

الاتجاه الأول: يرى الاستناد إلي المبادئ العامة للقانون:

وأول من عنى بتحديد تلك الواجبات على ضوء المبادئ العامة للقانون: الفقيه الفرنسي: "بلانيول"، فهو بعد أن عرف الخطأ بأنه: إخلال بواجب قانوني سابق.

قال: إن المقصود بذلك ليس الإخلال بالتزام قائم بين شخصين معينين فحسب، بل أيضا الإخلال، بأي التزام من الالتزامات العامة التي تقع على عاتق كل شخص، والتي لا يحتاج تقريرها إلى نصوص خاصة، بل تستنبط من المبادئ العامة للقانون، مثل الامتناع عن استعمال القوة ضد الأشياء والأشخاص، والامتناع عن الغش، والامتناع عن الوعد بعمل لا يقدر عليه الإنسان، والرقابة على الأشخاص والأشياء[١].

نقد اتجاه الأستاذ بلانيول:

بيد أن ما ذهب إليه الأستاذ: "بلانيول"، لم يسلم من النقد، وأظهر ما قيل ردا عليه: إنه ليس فى استطاعة أحد أن يضع بيانا شاملا لتلك الواجبات، لأنها تنشأ من ظروف الحياة المختلفة والمتنوعة تنوعا لا نهائيا، وعلى نحو ما يقول الشهرستانى : إن ما لا يتناهى لا يحصره ما يتناهى، وهو لم يحل مسألة الخطأ وإنما نقل صعوبتها من مرحلة لأخرى، دون تقريب حلها، وقد أظهر أن تقرير وجود واجب قانوني أو عدمه مسألة لا تقل صعوبة عن نعت الفعل الضار بأنه خطأ، أو غير خطأ[٢]، ثم إن تلك الواجبات القانونية الأربعة ليست هي كل ما يستنبط من المبادئ القانونية العامة لأنها لا تقتصر عليها، ومن الممكن استنباط غيرها، وقصر الأستاذ

---

(1) Planiol. (M): OP. Cit, p.283, ets.

(٢) في هذا المعنى:
Colin (A). et Copitant (H): Traite de Droit civil, T.2, p.18. Dalloz 1959.

بلانيول تلك الصور الأربعة على المبادئ القانونية العامة يجعل فكرته ناقصة بل عقيمة مما صرف الشراح عنها[1]، وجعلهم يلجأون إلى الاستعانة بقواعد الأخلاق.

الاتجاه الثاني: الاستعانة بقواعد الأخلاق:

ورائد ذلك الاتجاه هو الأستاذ "سافاتييه" حيث عرف الخطأ بأنه: إخلال بواجب قانوني، كان في وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزمه[2]، ثم عرض لتعيين الواجب الذي يعد الإخلال به خطأ فقال: إن هذا الواجب إما أن يكون منصوصاً عليه قانوناً، وإما أن يكون ناشئاً عن عقد، أو يكون واجباً أدبياً محدداً، أي أنه يأمر بفعل معين، أو ينفى عن عمل محدد، وإما أن يكون هو الواجب العام الذي يفرض على كل شخص عدم الإضرار بالغير[3].

---

(1) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٣.

(2) Savatier (R): OP. Cit, No 4.

(3) Savatier (R): OP. Cit, No 6.

نقد رأى الأستاذ "سافاتييه":

وقد أخذ على هذا الرأي: أنه لا يمكن أن يكون المقصود منه اعتبار جميع الواجبات الأدبية، بما فيها واجبات الإسعاف والإحسان إلى الغير واجبات يعد الإخلال بها خطأ مدنيا، فليس على المحسنين من سبيل، وهذا الرأي كسابقه لا يضع معيارا تعيين به الواجبات الأدبية التي ترمى إلى هذا المستوى[١].

وفى محاولة لتحديد معيار تلك الواجبات الأدبية، قام الأستاذ "سافاتييه" بتعيين الحقوق التي تعطى لصاحبها يضر بالغير في ممارسته إياها[٢]، وقد أخذ البعض على ذلك التعيين - بحق أنه لا يمكن النظر إلى تلك الحقوق باعتبارها حقوقا مطلقة تخول أصحابها في جميع الأحوال حق الإضرار بالغير، أو حق خرق الواجب العام الذي يقضى بعدم الإضرار بالغير، وإنما هي في واقع الأمر سلطات تعطى لصاحبها مكنة القيام بنشاط معين يختلف مداه باختلاف الظروف والأحوال التي يباشر فيها، وباختلاف حقوق الآخرين التي يصطدم بها[٣].

الاتجاه الثالث: فكرة وجود واجب قانوني عام بعدم الإضرار بالغير:

ويقوم هذا الاتجاه على وجود واجب قانوني عام يقضى بعدم الإضرار بالغير أو باتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الإضرار بالغير، وقد أخذ بهذا الاتجاه: الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهوري ، ثم عمد إلى تحويره

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٥.

(2) Savatier (R): OP. Cit, p.36.

(٣) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٧.

فيقول: "والرأي الذي استقر فقها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسئولية التقصيرية من معناه في المسئولية العقدية، فالخطأ في المسئولية التقصيرية: هو إخلال بالتزام قانوني، كما أن الخطأ في المسئولية العقدية، هو إخلال بالتزام عقدي، والالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ في المسئولية العقدية، إما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة، وإما أن يكون التزاما ببذل عناية، أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسئولية التقصيرية، فهو دائما، التزام ببذل عناية، وهو أن يراعى الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية[1].

ويقول: فأول خطوة هي أن نحدد الخطأ بأنه: إخلال بالتزام قانوني سابق يقضى بعدم الإضرار بالغير، وهذا الواجب يتحلل إلى عنصرين.

أولهما: الإخلال بحق الغير:

(أ) وحق الغير الذي يرد عليه الإخلال من المخطئ، إما أن يكون حقا عاما، والحقوق العامة معروفة في القانون، وهى العصمة الواجبة للنفس والعرض والمسكن والمال.

وهى أيضا: الحريات الفردية: حرية الرأي وحرية الدين، وحرية الاعتقاد هذه الحقوق العامة أوجبها القانون لكل إنسان فمن أخل بحق منها،

---

[1] الوسيط – جـ٢ – ص ١٠٨٣ وما بعدها – الطبعة الثالثة ١٩٨١م، ومن هذا الرأى: دوما، وديمولومب، مشار إلأيهما فى د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٧.

وأحدث عمله ضررا تحققت مسئوليته[1]، فلابد إذن من حق يقرره القانون للغير، ويترتب على ذلك ما يأتي:

(١) أن الإخلال بمصلحة لا تصل إلى مرتبة الحق لا توجب مسئولية، مثل التاجر الذي ينافس تاجرا آخر منافسة مشروعة، ولكنه يسبب إفلاسه في هذه الحالة، لا يكون التاجر الأول مسئولا، لأنه وإن كان قد أضاع على التاجر الثاني صالحا، فهو لم يخل بحق ثابت له[2].

(٢) أن الإخلال بحق لم يقره القانون لا يوجب مسئولية، ولو كان هذا الحق قد قررته الآداب العامة والأخلاق، فمن امتنع عن نجدة شخص وقع في خطر مع تمكنه من إنقاذه لا يكون مسئولا مسئولية قانونية وإن كانت مسئوليته الأدبية جسيمة[3].

(ب) أما الإخلال بحق الغير فمعناه: الاعتداء على هذا الحق، ولا يعد العمل الصادر من الشخص اعتداء على حق الغير إذا استطاع هذا الشخص أن يحتمي بحق له أقوى من حق الغير، مثال ذلك: شخص يقدم رسالة إلى القضاء، وفي الرسالة مساس بكرامة الغير، ولكن هذا الشخص يستند في تقديم الرسالة إلى أنه يريد أن يثبت بها أمام القضاء حقا له[4].

ثانيهما: القصور عن عناية الرجل اليقظ:

ويجب أن يكون الشخص الذي صدر منه العمل فأخل بحق الغير، قد جانب الحيطة في تصرفه، وقصر عن عناية الشخص اليقظ، ومعيار

---

(١) حتى لو وقع الاعتداء على حق شخصي، راجع:

السنهوري – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – ص ٣٢٣ وما بعدها – طبعة ١٩٣٨.

(٢) المرجع نفسه – ص ٣٢٤.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) المرجع نفسه.

الرجل اليقظ معيار مادي لا شخصي، فالعناية المطلوبة من الشخص فيما يصدر عنه من فعل لا ينظر فيها إلى شخصه هو، والى القدر الذاتي الذي يشتمل عليه من يقظة وتبصر، بل يرجع في تقديرها إلى معيار شخصي يفترض فيه من اليقظة والتبصر ما يتطلبه حزم التصرف وحاجات التعامل والمصالح المشتبكة ما بين الناس[1].

على أن معيار الشخص المفترض لا يجوز أن يكون منعزلاً عن الظروف الخارجية التي أحاطت بالشخص الحقيقي، الذي تقدر مسئوليته، مثل ذلك سائق يقود سيارته في طريق مزدحم بالناس، أو وقت خيم فيه الظلام، هذا السائق تطلب منه في تلك الحالة عناية "رجل يقظ"، تحيط به ظروف الزمان والمكان التي أحاطت بالسائق وهى ظروف خارجية، أما الظروف الداخلية الخاصة بالسائق وحده. كأن يكون رجلاً ضعيف البصر ولا يقام لها اعتبار[2]، ونحن نرجح هذا الاتجاه لما يمثله من الوضوح الذي يفسر التطبيق ويستوعب الحالات التي تخضع له كما أنه يتلافى كثيراً من الملاحظات التي أخذت على الاتجاهات المخالفة.

---

(1) المرجع نفسه – ص ٣٢٥، وراجع: د. سليمان مرقس – السابق – ص ٢٠٠ وما بعدها، دار النهضة العربية ١٩٧٧م، حسن عكوش – المسئولية المدنية فى القانون المدنى الجديد – ص ٢٧، مكتبة القاهرة الحديثة، د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص ١٥، د. عبد الحى حجازى – السلبق – ص ٦٤٤ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٤٥٣، د. أنور سلطان – السابق – ص ٣٠٧، وفى هذا: حكم محكمة النقض المدنى بتاريخ ١٩٧٨/٣/٦، مجموعة أحكام النقض – س ٢٩-٦٨٦-١٣٤، وقد قضى بخطأ ربان الباخرة لأنه عرض أحولة الدقيق على رصيف الميناء للتلف، من جراء اندفاع المياه من ماسورة عادم الباخرة، مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف الواجب اتباعه قانوناً طبقاً لنص المادتين (٢،٣) من قرار وزير الحربية رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٢، فى شأن القواعد التى يعمل بها فى الموانى والمياه الإقليمية.

(2) د. السنهورى – المرجع نفسه.

(٢) الركن المعنوي في الخطأ (الإدراك):

لا يكفى ركن التعدي حتى يقوم الخطأ، وإنما يجب أن يكون المعتدى مدركا لما يفعله، وهو يكون كذلك إذا كان مميزا يستطيع أن يعي ما فى سلوكه من انحراف، وعلى هذا فلا مسئولية دون تمييز وقد عبرت عن هذا المعنى: المادة (١/٩٦٤ مدني مصري) بقولها: "يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه، وهو مميز"، وعلى هذا فالصبي غير المميز لا يكون مسئولا أيا كان نوع المسئولية جنائية أو مدنية، وكذلك المجنون المعتوه عتها تاما، وكذلك من فقد رشده بسبب عارض مؤقت. كالسكر أو الغيبوبة أو التنويم المغناطيسي أو الصرع فهؤلاء لا ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم[١]، وبشرط ألا يكون انعدام التمييز راجعا إلى خطئهم[٢].

وإذا كان هذا هو المقرر في القانون المدني، فإن الأمر يختلف في الشريعة الإسلامية، فهي تقيم المسئولية المدنية على أساس تحمل التبعة في هذا الشأن، لا على أساس الخطأ، وقد نصت على ذلك المادة (٩٦٠) من مجلة الأحكام العدلية ، على أنه : " إذا أتلف الصبي مال غيره ، فإنه يلزمه الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه، وبالرغم من أن النظرية المادية في المسئولية التقصيرية ، تأخذ بالحكم المقرر في الشريعة الإسلامية، فتقيم المسئولية المدنية، على أساس

---

[١] د. السنهورى – الوسيط – السابق – فقرة ٥٣٥، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٢.

[٢] د. أنور سلطان – السابق – ص ٣١٥، وقد توسع القضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى حد تقرير مسئولية المجنون إذا كان الجنون راجعا إلى الإدمان على السكر أو الفجور، وراجع: د. محمد لبيب شنب – ص ٣٥٥، والسنهورى في الوسيط – فقرة ٥٣٩.

مبدأ تحمل التبعة، والذي يقيم المسئولية بدوره علـــى أســـاس الضـــرر لا الخطأ، وأن كل ضرر يجب تعويضه دون نظر لما إذا كان المتعدى مدركـاً أو غير مدرك، وأنه ليس من العدالة أن يعفى من المسئولية الصبي غـــير المميز إذا كان واسع الثراء وأحدث ضرراً بفقير معدم، وقد تأثر القـــانون المدني المصري باتجاه القوانين الحديثة في هذا الشـــأن. بـالرغم مـــن أن المسئولية في نظره تقوم أساساً على الإدراك والتمييز، فجعل عديم التميـيز مسئولاً في حالة خاصة، نصت عليها المادة (٢/١٦٤) مدنـــي مصـــري ، بقولها: " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هنـــاك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المســـئول جـاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم".

٨٩- ولما كان الأصل وفقاً للمادة (١/١٦٤) مدني مصري ، هو أن عديـم التمييز كالصبي غير المميز الذي لم يبلغ سن السابعة، والمجنون والمعتـوه عتهاً كاملاً يعتبر - بحسب الأصل - غير مسئول عن تعويـض الضـــرر الناشئ عن أفعاله التي يرتكبها، إلا أن المشرع قـد أجـاز الحكـم عليـه بالتعويض وفقاً للمادة (٢/١٦٤) مدني مصري ، لا على أســـاس الخطـأ، وإنما على أساس مبدأ تحمل التبعة، إذا لم يتمكن المضرور من الحصـــول على التعويض من الشخص المكلف بالرقابة على عديم التميـيز كوليـه أو وصيه، وذلك لإعساره ، أو إذا لم تتحقق مسئوليته لقيامه بنفي الخطأ فـــي رقابة عديم التمييز ، ففي هذه الحالة يجوز الحكـم علـى عديـم التميـيز

بتعويض عادل تراعى فيه الظروف الخاصة لكل من الطرفين، وفقا للسلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن[1].

خصائص الخطأ في العدول عن الخطبة:

والخطأ في العدول عن الخطبة، ليس ناشئا عن العدول، لأن العدول حق لا يترتب عليه أي أثر من جهة الضمان - كما رأينا - ولكنه ضرر مقارن له، أو مصاحب للعدول، دون أن يكون وصفا له، كما يجب أن تتوافر فيه شروط المؤاخذة، ومنها أن لا يقوم بالمخطئ سبب من أسباب الإعفاء من المؤاخذة على الخطأ، وينبغي بيان ذلك:

أولا: أن يكون الضرر مصاحبا للعدول لا ناشئا عنه:

في مجال الخطأ المتعلق بالتعويض عن العدول يجب أن يكون ذلك الخطأ مصاحبا للعدول وليس ناشئا عنه، وبتعبير آخر ينبغي أن يكون الخطأ مقترنا بالعدول، وليس متلبسا به، والاقتران يعنى وقوع الخطأ في الفترة الزمنية التي يقع فيها العدول أو بعده بفترة لا تنفى عنه وصف الاتصال به، أو لا تنقطع فيها الصلة بينهما، والمراد بالصلة هنا أن يكون العدول بعد وقوعه أو حال وقوعه باعثا لارتكاب الخطأ بحق الطرف الآخر، بحيث يجنى ذلك الخطأ انعكاسا لحنقه عليه وغيظه منه، وكاشفا عن الرغبة المستكنة بين الجوانح في الانتقام منه والكيد له ، لأن العدول في ذاته يهيئ بيئة صالحة لارتكاب مجموعة من الحماقات التي أصبحت من عادات الناس في ظل أعراف انحسرت فيها القيم، وانزوى منها الأدب

---

[1] د. عبد الرازق فرج -ص ٢٣، د. أنور سلطان – ص ٣١٦، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٤٥٨ وما بعدها، د. سليمان مرقس – الوافي – ص ٢٥٠ وما بعدها، د. محمد لبيب شنب – ص ٣٥٤.

وأصبح العيب طاغياً وذا حضور على ساحة الحياة ولم يعد يبقى للود أثـر، وذلك من شأنه أن يكون باعثاً على الخطأ ومذكراً به.

وفي هذا تقول محكمة النقض: إن الخطبة ليست إلا تمـهيداً لعقـد الزواج، وهى لا تقيد أحد المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحريـة في مباشرته، لما للزواج من خطر في شئون المجتمع، وهذا لا يكـون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعـدول عنه، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتهما أفعال مسـتقلة عنـهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضـرراً ماديـاً وأدبيـاً بـأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضـارة موجبة للتعويض[1].

وقد يتخذ ذلك الخطأ شكل إشاعة يطلقها الخاطب على مخطوبتـه فينال بتلك الإشاعة من سمعتها، كأن ينسب لها مرضاً عضالاً يجعـل مـن يعلم به ينفر منها ولا يفكر في الاقتران بها، أو أن يدعى أن لـها رائحـة كريهة لا يطيقها من يقترب منها، أو أنها لا تتحوط فيما يتعلـق بسـمعتها وشرفها، أو أنها لا ترد يد لامس، أو غير ذلك من النعوت المتعلقة بسـمعة المخطوبة وخصوصيات حياتها، وقد يكون الخطأ متعلقاً بـأهل المخطوبـة قصداً لتأثرها به وامتداد الأذى إليها من خـلاله، حيـث لا يخفـى صلـة الأهل بسمعة الفتاة في مجال الروابط الاجتماعية، إذ أنهم يشـكلون مـيزة

---

(1) نقض مدني في ١٤/١٢/١٩٣٩، مجموعة عمر ٣-١٤-٣٠، والمحاماة ٢٠-٢٩٣-٧٦٠.

الحسب التي تنكح من أجلها المرأة، فإذا طعنت تلك الميزة بمـا يجرحـها، ويذهب قيمتها في حياتها يكون في ذلك أبلغ الضرر لها، ومن أمثلة ذلك أن يرمى أهلها، بأنهم بخلاء، أو أنهم لا يتورعون من ارتكاب الفواحـش، أو أن عيشتهم من مال حرام، أو ينسب لأحدهـم جريمـة مخلـة بالشـرف والاعتبار أو غير ذلك من النعوت والأوصـاف المقـززة والتـي تجعـل ضحيتها عرضة للاحتقار الاجتماعي والمعرة بين الناس، فـإن كـل تلـك الأمثلة وغيرها تمثل حالات للخطأ عند العدول عن الخطبة كما تمثل خطـأ قائما بذاته.

وقد يكون الخطأ في جانب المخطوبة، حين ينسب لمن عدل عـن خطبتها ما يسئ إلى سمعته، أو يحقره بين قومه وذويه ومعارفه، ويجعـل النـاس يفرون منه، فإن الخطأ يكون متوافـر بجانبـها ويكـون وجـوده عنصرا من عناصر المسئولية عن التعويض.

معيار تقدير الخطأ شخصي :

ومعيار تقدير الخطأ في مجال العدول عن الخطبة معيار شـخصي وهذا يتضح جليا من وجهين:

أولهما : أن الذي يقدر الخطأ ويستشعر وجـوده ويتقـدم للقضـاء طالبـا التعويض عنه ، هو من حل به ذلك الخطأ ، أو المضرور منه ، ذلـك أن حق التقاضي عما يصيبه من الضرر، إنما هو خالص حقه ، ومن ثم كـان المعول عليه في وجود السبب الداعي لهذا التقاضي راجعا إليه وحده ، ثـم إن وقع الخطأ وألمه إنما يصيب من وجه إليه، ومن شأن المصاب أن يبدى

ما يعبر عن ألمه ، فإذا سكت عما وجه إليه من إهانات أو تغاضى عنـــه ، أو آثر العفو والسماح مفوضا أمره إلى الله يكون ذلك شأنه.

وتقدير الأذى في الخطأ لا يشعر به غير صاحبه ، مـــن خــــلال تقدير شخصي ينفرد به ويستقل به وحده ، فقد يكون في إسناد وصف مـــا لشخص ميزة له ، لكنه يرى أن إعلان تلك الميزة ضار به أو ليـــس فـــي صالحه، وذلك كمن يصف شخصا بأنه أكول في مجال إظهار كرمه وعـــدم حرصه على المال إلى درجة التقتير على نفسه، إلا أن ذلك الوصف يمكـــن أن يؤذيه من جهة ما قد يسببه له من خجل عند الاجتماع على الطعام فـــي الضيافة أو مع أقاربه أو زملائه، ومثاله من يصف شخصا بـــالبذخ، فـــإن ذلك الوصف قد يراه الواصف كرما، وقد يراه الموصوف سفها، ومن ثـــم كان مناط التقدير له.

وأساس ذلك أن حق الإنسان على سمعته وخصوصيات حياته يمثـل حقا قائما بذاته وعنصرا في إبراز كيانه، وذلك الحق يجب أن يحمى بـــدون توقيف على غير ما يراه صاحبه، ولذلك قيل: إن لصاحب المنزل أن يطرد منه ذلك الغريب الذي أقام بالمنزل وهو خال من أهله، حتى ولو لم يـــترتب على إقامته ضرر، بل حتى إذا ترتب على تلك الإقامـــة مصلحـــة للمـــالك كحراسة المنزل وتهويته[1].

---

[1] د. عبد الحى حجازى – نظرية الحق فى القانون المدنى – ص ٢٧ – مكتبة سعد عبد الله وهبة، د. حسام الأهوانى – نظرية الحق – ص ٩٢ – طبعة ١٩٧١، د. حسن كيرة – السابق – ص ٥٥١، د. ســـعيد جبر – النظام القانونى للاسم المدنى – ص ٩ – دار النهضة العربية ١٩٩٠.

وهذا المعنى في التقدير يتفق مع اتجاه التشريع الإسلامي،وهو ما يفهم من حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الغيبة، حيث جعل مناط التأثيم فيه كره المغتاب لما ذكر به ، فقد روى أبو هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "أتدرون ما الغيبة؟، قالوا الله ورسوله أعلم، قال : ذكرك أخاك بما يكره ، قيل : أفرأيت إن كان في أخي ما أقول ؟ ، قال : إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته، وإن لم يكن فيه فقد بهته[1] "، فقد دل هذا الحديث الشريف على أن مناط التأثيم في ذكر ما ينسب للإنسان مستهدفاً تلويث سمعته وشرفه واعتباره كالغيبة والسب والقذف، والإشاعات الكاذبة وغيرها، متعلق بالمعتدى عليه، بحيث يكون تقديره لمقدار الأذى الواقع عليه راجعاً إليه وحده، بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: ذكرك أخاك بما يكره، حيث أضاف الكره إليه هو، فدل ذلك على أن المعول عليه في تقديره مرجعه إليه.

ثانيهما : أن الناس يتفاوتون فهماً ومنزلة وبيئة، فمنهم الشريف والخسيس، ومنهم الرفيع والوضيع، ومنهم التقى والسوقي، وما يسئ إلى شخص ربما لا يسيئ بالضرورة إلى الآخر، وما يراه شخص ماساً به، وطاعناً لشرفه قد يراه شخص غيره أمراً عادياً يضحك له ويبتسم في بلاهة بسببه، ومن الناس من يعتبر سبه على الملأ أو عن طريق النشر شهرة له وذيوعاً لاسمه، ومنهم من يعتبره تشهيراً وإهانة على الملأ، لهذا ، ونظراً لاختلاف الأفهام والبيئات والمنازل الاجتماعية، كان لابد من الأخذ في تقدير الخطأ من جهة وجوده ومقداره بالاعتبار الشخصي بحيث يراعى القاضي في تقديره كل حالة يثار فيها موضوعه على حدة.

---

[1] أخرجه مسلم، راجع: سبل السلام للصنعاني - جـ٤ - ص ٣٧٩ وما بعدها.

ثانياً: أن يكون الخطأ فعالاً :

والخطأ الفعّال هو الذي لا يقوم به سبب من أسباب الإعفاء التي يمكن أن يعتصم بها المخطئ من مساءلته عنه، ويمكن إبراز فكرة الخطأ الفعال في العدول عن الخطبة من خلال بعض الأمثلة التي تدل عليها، مثل تفريط المعتدى عليه في حق نفسه، ورضاه بما وقع عليه من خطأ، ودفاع المخطئ عن نفسه في حالة رد الاعتداء ، أو أن يكون التعدي صادراً بغرض المحافظة على مصلحة عامة، كالتبليغ عن الجرائم أو دفع خطر عام عن المجتمع، ونود أن نبين ذلك:

(١) تفريط المعتدى عليه في حق نفسه :

إذا فرط المعتدى عليه في حق نفسه وسكت عما يوجه إليه من خطأ، فإنه لا يلومنّ إلا نفسه ، وليس من المطلوب أن يكون المجتمع أحرص على حقوق الشخص من نفسه، فمن تحدث عن نفسه حديث سوء يتعلق بفعل فاحش ستره الله فيه، ثم فضح ستر الله وعمل هو على الإضرار بنفسه، فلا يكون من المستساغ أن يلام الطرف الآخر إذا تحدث بما تحدث به صاحب الشأن عن نفسه، لأن من فرط في حق نفسه لا يلوم غيره إذا فرط فيه، والبادي أظلم، وكيف نؤاخذ شخصاً على فعل لم ير صاحب الشأن به ما يقتضي المؤاخذة عليه ، أو الحساب عنه ، بدليل أنه هو نفسه قد فعله ، ولا يمكن أن يكون قد فعله قصداً للعنت وزجاً بنفسه في أتون المساءلة ، ومن هذا القبيل أيضاً أن يسمع الخطأ الذي وقع عليه أو يراه ثم يسكت ولا يعبر عن ضجره منه أو عدم رضاه عنه ، ويحسن بيان ذلك:

(أ) حديث المعتدى عليه عن نفسه :

لدى بعض الناس تفريط كبير في حق أنفسهم، بمقتضاه لا يتـــهيبون أن يفعلوا ما يضر بهم ، ومن هؤلاء الناس صنف يعمل الفاحشة في جنـــح الظلام أو بين حوائط أربع أو خلف أبواب مغلقة لا يراه فيها أحد غـــير الله ولا يعلم عما فعله أحد سواه، والستر من الفضائح نعمة من أجـــل نعـــم الله على الإنسان، لأنه يحفظ هيبته، ويبقى رزقه، ولا يجعل النـــاس ينفضـــون عنه خوفاً من تلوث سمعتهم من الاحتكاك به، لكن تلك النعمة قـــد تكـــون محجورة لدى بعض الحمقى ممن لا يعرفون قدرها ولا يدركون أبعادهـــا، فإذا ما سترهم الله عز وجل، إذ بهم يفشون هذا الستر ويفضحون أنفســـهم، وقد يكون ذلك الحديث عن النفس من باب الزهو بالحرام وإظـــهار مـــدى قدرتهم على إعادة ممارسته، أو يكون من قبيل المزاح واللهو والتحدث بمـــا خاضوه من تجارب، وهذا النوع من التفريط في حـــق النفـــس لا يعـــرف جريمة بعينها أو مخالفة محددة، فقد يكون تحدثاً بالسرقة أو الزنا أو القتـــل أو الرشوة أو السطو المسلح أو الخطف أو الاختـــلاس أو الـــهجوم علـــى المنازل ليلاً، فإن كل تلك الموبقات يمكن أن تكون موضـــع حديـــث عـــن النفس من قبل أولئك المجرمين الذين تورطوا فيها، فلو حـــدث ذلـــك مـــن خاطب، أو من أحد أولئك الذين يمتد عارهم إليه من أهله وأقاربه، ثم حكـــاه الطرف الآخر أو نقله كما سمعه أو أخبر به أو شهد بـــه شـــهادة تســـامح وحكاية، فلا يستساغ قيام المساءلة بحقه في تلك الحالة.

(ب) الرضا بوقوع الخطأ:

ومن صور التفريط في حق النفس أن يرضى المعتدى عليه بوقـــوع الخطأ من الآخر، وهذا الرضا قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً.

والرضا الصريح يتمثل في صدور العبارات الدالة على وجـوده أو ما يقوم مقامها بحيث يمثل ذلك نوعاً من التصريـــح للمخطــئ بممارســة الفعل، وهذا النوع من الرضا وإن كان نادر الوقوع، حيث يقل - في العــادة - وجود من يصرح لغيره بفعل ما يمثل خطأ بحقه، إلا أنه مع تلك النـــدرة لا تستبعد وجوده، وذلك في بعض الحالات التي قد يرى من يقع منه ذلــك فيها مصلحة له تربو في نظره على مصلحة منع الخطأ، فقد يصرح طـوف للآخر بأن يتحدث عن ظروفـــه الصحيــة الحرجــة، أو حالتــه النفسـية المضطربة ليستدر بذلك عطف من بيده مصلحة له، أو لديه خدمـــة يـود حصولها منه، ومن هذا القبيل الحديث عن كـــوارث العــائلات، أو محنــة بعض الأفراد وصولاً إلى هذا الغرض.

بيد أن أكثر صور الرضا وقوعاً في مجال الخطأ الناشئ عن فســخ الخطبة، هو الرضا الضمني، والرضا الضمني يتمثل في أن يكون المعتـدى عليه في وضع لا تدع ظروف الحال أدنى شك في رضاه بما يقع عليــه، أو بما يدور حوله، وذلك كأن يسمع ذكر مساوئه بنفسه ثم يســكت ، أو يقــرأ الفضائح المنشورة عنه في أحد الجرائد أو المجلات ولا يحــرك ســاكناً أو يكتفي بمط شفتيه، أو أن يقول : سامحهم الله ، أو أن يفوض أمره إلــى الله، أو غير ذلك من المواقف والعبارات، أو حتى الإشارات التي تدل على أنـــه غير مكترث بالتعدي أو مهتم به أو ليس له رغبة في التقـــاضي بشـــأنه ، وفى مثل هذه الحالة لا يكون الخطأ الواقع من الطرف الآخر محل مساءلة، لأن الحق حقه، وقد تنازل برضاه عنه، والمساءلة لا تقـــوم مـــع الرضـــا والتنازل.

(٢) دفاع المخطئ عن نفسه:

قد يقتضي دفاع المرء عن نفسه أن يذكر بعض الأمور التي قد تنطوي على إساءة لغيره، وقد يكون ذلك فى مجال رد الأخطاء التي يريد الطرف الآخر أن يلصقها به لينال منه أو يتعدى على عرضه وشرفه، ولا تثريب على الإنسان إذا هو رد على من يسئ إليه بمثل ما أساء، وإن كان جانب العفو أفضل، إلا أن اعتبار الكرامة وغيرة الإنسان على شرفه يبرران ذلك الرد، بل ويجيزانه ولهذا كان تنظيم الشارع الحكيم لهذا الرد متفقاً مع الفطرة، ومنسجماً مع ما استقر في الفطرة السوية من خوف على العرض، وضجر من الضيم، وصدق الله العظيم حين قال: "لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم[١]"، فقد بين هذا القول الكريم أن للمظلوم أن يرد الظلم عن نفسه، وأن يقاوم الأذى بمثله، ولا تثريب عليه إذا هو فعل ذلك، لأن الإذن ينافى الضمان.

وينبغي - بداهة - لتوافر الإباحة في الخطأ هنا أن يوجد شرطان:

أولهما: أن يكون فعل المخطئ مسبوقاً بالخطأ والتعدي من الطرف الآخر، فإذا لم يكن مسبوقاً فإن الخطأ يكون تعدياً خالصاً، ولا تتوافر فيه ظروف الإباحة، وهذا الشرط وإن كان مفهوماً من أدلة الشارع التي أباحت للمعتدى عليه، أن يرد على التعدي بمثله، وذلك في قول الله تعالى: "وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا[٢]"، وقوله تعالى: "ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه، فإن قاتلوكم فاقتلوهم، كذلك جزاء الكافرين[٣]" ، حيث أفاد هذان القولان الكريمان وغيرهما أن المعتدى عليه

---

[١] سورة النساء – آية ١٤٨.

[٢] سورة البقرة – من الآية ١٩٠.

[٣] سورة البقرة – من الآية ١٩١.

يجوز له أن يرد على التعدي إذا وقع عليه، وهذا ما دلت عليه السنة الصحيحة، وذلك فيما روى أبو هريرة - رضى الله عنه قال: " جاء رجل إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال يا رسول الله: أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالى ؟ ، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟، قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟، قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟، قال هو في النار[1]"، حيث أفاد ذلك الحديث، إباحة قتل من يبدأ الإنسان بالقتال، وفى هذا يقول الإمام النووي: "المسلم بإسلامه محترم في ذاته كلها ديناً ودماً وأهلاً ومالاً وعرضاً، ولا يحل لأحد أن يعتدي عليه فيها، فإذا أريد شيئ من ذلك منه جاز الدفع أو وجب عليه، وذلك على اختلاف بين العلماء فيما يراد منه من دم أو مال أو دين أو أهل[2]".

أقول: وإذا كان ذلك هو اتجاه الشارع الحكيم الذي دل عليه كتابه الكريم، وسنة نبيه العظيم محمد - صلى الله عليه وسلم - فإن اتجاه القانون لا يبعد عن هذا ولا يخالفه وهو ما يفيده نص المادة (١٦٦) مدني مصري، الذي يقول: "من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة"، فإن مجال إعمال هذا النص يقتضي سبق وقوع التعدي ، وإلا لما كان دفاعاً، وأساس ذلك، أن سلطات الأمن في الدولة ليست موجودة في كل مكان، وعلى الإنسان أن يحمى نفسه إذا انعدمت حمايتها، ومن أول واجبات الإنسان لأن يحمى نفسه بنفسه إذا انعدمت حمايتها.

---

[1] صحيح مسلم - جـ١ - ص ١٢٤ - الطبعة الأولى سنة ١٩٥٥م - دار الكتب المصرية.

[2] شرح ابن العربي على صحيح الترمذى - جـ٦ - ص ١٨٩ وما بعدها.

ثانيهما: أن يكون الدفاع بقدر التعدي:

وذلك ما تفيده أدلة الشارع الحكيم ، حين قال : " وجزاء سيئة سيئة مثلها[1]"، حيث جعل التماثل وصفاً في الجزاء، فدل بذلك على أنه شرط فيه، وقوله تعالى:" وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا"، حيث جعل ردّ القتال بمثله ونهى عن الزيادة في الرد وسماها تعدياً منهياً عنه، فدل ذلك على وجود التماثل لأنه هو الذي يدفع ذلك التحريم، وما يدفع التحريم يكون واجباً.

وهذا الذي تقيده تلك الأدلة، هو ما يستفاد من نص المادة (١٦٦) مدني مصري سالفة الذكر، حيث قيدت الدفاع الشرعي عن مصالح الإنسان بما لا يجاوز القدر الضروري، والقدر الضروري هو ما يدفع التعدي، وما يدفعه يكون مثله فإن زاد وجب الضمان فيما زاد.

(٣) أن يكون إتيان الخطأ لمصلحة عامة:

وقد يكون إتيان الخطأ قد جاء في سياق المحافظة على مصلحة عامة توجبه، وذلك كما لو كان الخطأ إفشاء لجريمة يتعين الإبلاغ عنها، أو أداء لشهادة أمام القضاء يجب عليه أداؤها، أو حماية للمجتمع من وباء خطير أو مرض معد تحتم المصلحة العامة إبلاغ الجهات المعنية عنه حتى يتسنى لها اتخاذ التدابير اللازمة للوقاية منه، فإن هذه الحالات وأمثالها يكون إتيان الخطأ في وجودها سبباً للإعفاء من المساءلة عنه، لرجحان المصلحة فيها على جانب المفسدة الناشئة عن الخطأ المقترف بحق الفرد، ومن المعلوم بداهة من قواعد الفقه الكلية ومبادئ القانون المرعية، أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة، ومن ثم ينول الاحتكام لها، وتحديد مبادئ المسئولية عن الخطأ من خلالها.

---

[1] سورة الشورى – من الآية ٤٠.

المطلب الثاني

الضرر في العدول عن الخطبة

يجب لقيام المسئولية في حالة العدول عن الخطبة، أن يكون الخطأ مؤدياً لحدوث الضرر، ولذلك كان هو الركن الثاني من أركان المسئولية المدنية.

ويقصد بالضرر كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية[1]،أو ما يقصد منه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما، على نحو يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق، أو تلك المصلحة لصاحبه. فالضرر لا يعتد به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك، فإذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضرراً أخف منه، فإنه لا يعتبر فعلاً ضاراً ولا يستوجب التعويض[2].

وإذا كان الضرر هو الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له فإنه يستوي بالنسبة له، أن يكون ذلك

---

(1) د. جميل الشرقاوى – دروس في النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – ص ٤٤ – دار النهضة العربية ١٩٨٦، د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٧٠ – مكتبة نهضة مصر بالفجالة ١٩٨٥، والوسيط للسنهورى – جـ١ – ص ٩٢٧، د. حشمت أبو ستيت – مصادر الالتزام – ص ٤٣٥ – طبعة ١٩٥٤.

(2) حكم النقض المدنى فى ١٩٤٤/٢/٢٤ فى الطعن رقم ٧٦، ١٣ ق، موسوعة القضاء فى المسئولية المدنية للأستاذ عبد المعين جمعة – جـ [illegible] ص ٣٣٨.

الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بكيانه الأدبي أو بحقوقه المادية، دون أن يقتصر مفهوم الحق الذي يحصل المساس به على الحق المادي مثل حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الدائنية، بل يكفى المساس بأي حق يحميه القانون، كالحق في الحياة والحق في حفظ الشرف والاعتبار، بل إنه لا يشترط أن رقى محل الحماية إلى مرتبة الحق، ويكفى أن يقع الضرر على مصلحة مشروعة للشخص، ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة، طالما أن هذه المصلحة مشروعة أي غير مخالفة للقانون، كمصلحة من يعولهم الشخص، دون إلزام قانوني عليه في بقاء الشخص على قيد الحياة سليماً من المخاطر التي تعوق دون استمراره بمهمته[1].

وقد أورد فقهاء القانون لتحديد معنى الضرر عدة معان؛ فعرفه بعضهم: "بأنه الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شوفه أو عواطفه[2]"، وعرفه البعض الآخر بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية[3]".

---

(١) د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية – القسم الأول – فقرة ٦٢ – طبعة ١٩٧١.

(٢) د. السنهوري – الوسيط – جـ١ – ص ٩٢٧، د. مصطفى مرعى – المسئولية المدنية – فقرة ١٢٢، د. حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام – فقرة ١٢٢، د. عبد الودود يحي – السابق.

(٣) د. جميل الشرقاوى – دروس في النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – فقرة ١١، د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٤٧٠، والأستاذ حسين عامر – المسئولية المدنية – ص ٣٠٦، د. محمد حسين الشافعي – ركن الخطأ في المسئولية المدنية – ص ٤٩٩.

وفى الفقه الإسلامي ، يطلق الضرر، ويراد به ما هو ضد النفـع[1]، وقد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان. استقوها من قول الله تعالى: " وإذا مس الإنسان الضر دعانا .. الآية" [2]، فقالوا: إن الضر، بضم الضـاد يتعلق بما يكون من سوء الحال والقوة والشدة الواقعين على البـدن، وأما الضر بفتح الضاد، فهو ما كان ضد النفع[3]، وقد أطلق على نقص يدخـل الأعيان[4].

وفى اصطلاح الفقهاء: ورد التعبير عن الضرر بعدة معان: منـها الإتلاف، ومنها الاستهلاك، ومنـها الإفسـاد، ومنـها الأفعـال الموجبـة للضمان[5]، والواقع أن هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف، بل هـي وصف للأفعال الموجبة للضمان[6].

وقد عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه: إلحاق مفسدة بالغير مطلقـاً، أو هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضـه أم عاطفته، فيسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقـص المنافع، أو زوال بعض الأوصاف[7].

---

(1) مختار الصحاح – ص ٣٧٩ – دار الفكر.

(2) سورة يونس – الآية ١٢ .

(3) ابن منظور – لسان العرب – جـ٢ – ص ٢٥٧٣، مادة ضرر.

(4) المصباح المنير – مادة ضرر.

(5) راجع في هذا المعن: د. حسين الشامي، السابق، ص ٥٠٠.

(6) الكاساني – بدائع الصنائع – جـ٦ – ص ٢٨٦، والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيـف – ص ٤٦، ومجمع الضمانات للبغدادي – ص ١٥٣، والقواعد في الفقه الإسلامي – لابن رجـب – ص ٢٠٤، وراجع: ضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد أحمد – ص ٢١٩ وما بعدها.

(7) ابن حجر الهيثمي – فتح المبين لشرح الأربعين – ص ٢٣٧، دار إحياء الكتب العربية سنة ١٣٥٢ هـ، وفيض القدير – لمحمد المدعو عبد الرؤوف المناوى – جـ٦ – ص ٤٣١، الطبعة الأولى – ١٣٥٦هـ – المكتبة التجارية الكبرى.

وقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الضرر بأنه: إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي ، والمقصود الإتلاف ، أن يفقد الشيئ منفعته كلاً أو بعضاً[1].

وتعريف الضرر بالإتلاف قاصر، لأنه لا يشمل الجراحة التي لا تفقد كل المنفعة ولا بعضها ، ويجب فيها التعويض ولو بأجرة الطبيب وثمن الأدوية ، ولا يشمل غير الجراحة مما لا يفقد الشيئ منفعته كلها ولا بعضها ، وإنما يؤثر في كماله ، كالخرق اليسير في الثوب ، كما أنه لا يشمل الإضرار بالقول ، كما في سب الآخرين وشتمهم، فإن فيه ضرراً لهم ، ولا يسمى إتلافاً[2].

وقد أشار فقهاء المالكية إلى التفرقة بين الإتلاف والإفساد، ومثلوا للإتلاف بقتل الحيوان، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر، وذكروا أن الإفساد على نوعين، أحدهما: ما يذهب المنفعة المقصودة من الشيئ كمن قطع يد عبد أو رجل دابة، والثاني: ما يكون يسيراً كثقب الثوب[3]، وهذا البيان يفصح عن مدى ما بين الإتلاف والمفسدة من فوارق، وقد عرف الحنفية الإتلاف بأنه: إخراج الشيئ من أن يكون منتفعاً به، منفعة مطلوبة عادة،

و د. مصطفى الزرقا – المدخل الفقهي العام – جـ٢ – فقرة ٥٨٦، د. محمد فوزي فيض الله – المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون – رسالة من كلية الشريعة – جامعة الأزهر عام ١٩٦٢ – ص ١١٧، د. وهبة الزحيلي – التعويض عن الضرر – بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي – كلية الشريعة – جامعة الملك عبد العزيز – العدد الأول سنة ١٣٩٩هـ – ص ١١.
والشيخ على الخفيف – الضمان في الفقه الإسلامي – ص ٤٦ وما بعدها.

(١) د. شفيق شحاته – النظرية العامة للالتزام في الشريعة الإسلامية – فقرة ٢٢٩.

(٢) د. فوزى فيض الله – السابق – ص ١١٧.

(٣) القوانين الفقهية – لابن جزى – ص ٣١٨.

وهذا اعتداء وإضرار[1]، سواء وقع إتلافاً له صورة ومعنى بإخراجه عن كونه صالحاً للانتفاع، أم معنى، بإحداث ما يمنع الانتفاع به، مع قيامه في نفسه حقيقة، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار، وسواء كان الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف أو تسبيباً بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة، لأن كل واحد منهما يقع اعتداء وإضراراً فيوجب الضمان[2].

كما أن تعريف الضرر بالنقص الذي يدخل على الأعيان، قاصر أيضاً، لعدم شموله للإتلاف الكلي، وإن كان يمكن أن يدخل فيه بطريق الأولى، كما أنه لا يشمل بنصه جميع الأضرار الأدبية[3].

لذلك يترجح لدينا تعريف الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه واعتباره أو مشاعره هو الأولى، وهذا التعريف قريب مما قرره فقهاء القانون[4].

---

[1] بدائع الصنائع للكاساني – جـ٧ – ص ١٦٤، وراجع: د. سليمان محمد أحمد – ضمان المتلفات – ص ١٩٤ حيث يقول: والفقهاء يطلقون أحياناً كلمة الإتلاف على كل ما يؤدي إلى ذهاب المال وضياعه وخروجه عن يد صاحبه.

[2] بدائع الصنائع للكاساني – جـ٧ – ص ١٦٥، وراجع: د. محمد فوزي فيض الله – الضمان في الفقه الإسلامي – ص ٨٦، حيث يرى: أن الإتلاف يلحق به الإفساد، وهو في بعض المصطلحات إدخال نقص يسير على الأعيان، أو هو إتلاف جزئي، وقد يقع إتلافاً كلياً، والاستهلاك وهو إتلاف المال في منفعة الإنسان، كأكل الطعام وشرب اللبن، وإشعال النار للتدفئة وإحراق الوقود لانطلاق السيارة، والإهلاك وهو بمعنى الإتلاف، حيث يختلف عنه بأن الإتلاف إفساد الشيئ بلا منفعة، والإهلاك قد يكون بمنفعة.

[3] د. فوزي فيض الله – المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون – السابق – ص ١١٨، د. سليمان محمد أحمد – المرجع نفسه –ص ١٩٤ وما بعدها.

[4] راجع: د. فوزي فيض الله – المرجع نفسه – ص ١١٨.

أنواع الضرر في العدول عن الخطبة:

وإجماع الفقه والقضاء منعقد على تنوع الضرر - بصفة عامة - إلى نوعين ، ضرر مادي وضرر أدبي، والأول هو الذي ينطوي على مساس بمصلحة ذات قيمة مالية، وذلك كالاعتداء على حق شخص في سلامة جسمه أو إصابته بجرح تترتب عليه خسارة مالية، كعدم قدرته على الكسب أو انعدامها، أو أن يتكبد نفقة في العلاج، كما يعتبر التعدي على أي حق من الحقوق المالية، كحق الملكية ضرراً، مثل أن يقوم شخص بإحراق منزل الآخر، أو أن يخرب أرضه أو يتلف زرعه، أو يدمر منقولات مملوكة له، كالأثاث والسيارات والأجهزة والأدوات فإن هذا كله يعتبر ضرراً مادياً، يصيب المضرور في حق من حقوقه المالية[1].

وإذا كان الضرر المادي يتمثل في الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، فإنه يشترط فيه أن يكون الضرر محققاً والضرر المحقق هو الذي يكون قد وقع فعلاً، أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد، ومثال الأول؛ أن يكون الضرر قد حصل بالفعل، بأن مات المصاب أو احترق المال، أو تلفت السيارة، وأما الضرر المؤكد وقوعه في المستقبل فمثاله ما يصيب العامل من إصابة أثناء العمل، ولا يدرى مقدار الآثار التي ستنشأ عنها وما إذا كانت ستشكل عجزاً كلياً أو عجزاً جزئياً عن العمل، وفى هذه الحالة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر

---

(1) د. السنهوري – السابق – ص ٨٥٦، د. عبد الرازق فرج – المصادر غير الإدارية للالتزام، ص ٢٦ – طبعة ١٩٩٥.

الذي وقع بالفعل على أن يكون للمضرور الحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير[1].

وإذا كان الضرر المستقبل محقق الوقوع - على نحو ما سلف - فإنه يختلف عن الضرر المحتمل، وهو الذي يمكن أن يقع أو لا يقع، فلو أن شخصاً أصاب منزلاً لآخر، وأدى إلى تشقق الجدران، فإن هذا الضرر يعتبر محققاً، لكن ما يؤدى إليه في المستقبل من جهة أن ذلك سوف يترتب عليه انهدام المنزل في المستقبل، فذلك ضرر محتمل لا يستحق إلا إذا وقع بالفعل.

ومع أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه كما سبق، إلا إذا تحقق، فإن الفرصة وإن كانت بدورها أمراً محتملاً، إلا أن تفويت هذه الفرصة يعتبر أمراً محققاً يترتب عليه ضرر حال، وليس ضرراً محتملاً يجب التعويض عنه، ومثاله أن يتسبب شخص في تعطيل طالب عن دخول الامتحان، أو تأخير طالب وظيفة عن دخول المسابقة التي عقدت لاختيار من يشغلونها، ومن هذا القبيل تفويت فرصة الزواج مستقبلاً على المخطوبة التي أساء إليها خطيبها بعد العدول عن خطبته لها، وقد جرى على ذلك الحكم القضاء المصري في التعويض عن تفويت الفرصة إذا كانت حقيقية وجدية[2].

---

[1] وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة (١٧١) مدني مصري ، بقولها: "ويقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور، طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١،٢٢٢ مراعياً في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

[2] وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض: "القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان [illegible] من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً،-

وأما الضرر الأدبي: فإنه ذلك الضرر الذي لا يلحق ذمة الإنسان المالية، بل يلحق ذمته المعنوية إذا صح هذا التعبير، والضرر المعنوي على أنواع، فمنه ما يمس الكيان الاجتماعي للشخص كخدش الشرف، ومنه ما يمس حقاً ثابتاً لإنسان كاسمه أو خصوصياته، ومنه ما يمس الشعور والعواطف كالألم الذي ينتاب الشخص لوفاة أحد أحبائه، ومنه ما يصيب الجسم وإن لم يؤثر في القدرة على العمل كتشويه الوجه أو تبريح الألم[1].

وقد عرفه جانب آخر من الفقهاء: بأنه الألم النفسي الذي يشعر به المضرور من جراء إصابة مادية تلحق بجسده كالكسور والجروح، والتشويه الذي يصيبه منها بجانب ما يؤدى إليه مثل تلك الإصابات من أضرار مالية كنفقات العلاج والعجز عن الكسب، وقد يترتب الضرر الأدبي على الآثار المادية لهذا الاعتداء[2]، فالضرر الأدبي هو الذي لا يمس المال، ولا يمس مصلحة مالية، وهو في الجملة عبارة عن الألم

=فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه"، نقض مدني في ١٩٧٧/٣/٢٢، مجموعة أحكام النقض ٣٨-١٣٣-٧٣٢. وفى هذا المعنى: نقض مدني في ١٩٥٣/١٢/١٠، المجموعة ٥-٣٦-٢٤١، وفى ١٩٥٣/١١/٢٣، المجموعة ٩-٨٨-٦٨٤، وفى ١٩٤٩/٢/٣، مجموعة عمر ٥-٣٧٨-٧٠٩.

(١) د. حلمى بهجت بدوى – أصول الالتزامات – الكتاب الأول – ص ٤٠٥، مطبعة نورى بالقاهرة سنة ١٩٤٣م، د. أحمد حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام – ص ٤٤٠، والأستاذ حسين عكوش – المسئولية المدنية فى القانون المدنى الجديد – ص ١١٠، مكتبة القاهرة الحديثة، د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – فقرة ٤٦٨ – دار النهضة العربية، د. جمال الدين زكى – نظرية الالتزام – جـ١ – فقرة ٢١٥.

(٢) د. جميل الشرقاوى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٨٤ – طبعة ١٩٨١م.

والحزن الذي يصيب الإنسان[1]، والتعويض عن الضرر الأدبي يتحقق في الحالات التي يقع فيها اعتداء على حق من حقوق الشخص غير المالية أو الطبيعية، ويتحقق ذلك في حالة المساس بحق الشخص في اسمه أو شرفه أو كرامته، وكل ما يتعلق بالنواحي الأدبية ويتعلق بالكيان المعنوي للشخصية، كما يتحقق - كذلك - بالنسبة لكل اعتداء على حق من حقوق الأسرة، بل قد يتحقق الضرر الأدبي إذا وقع اعتداء على مصلحة أدبية للشخص وعلى الشعور الإنساني والعاطفة، كما في حالة الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة[2].

محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الأدبي:

ويبدو من خلال ما قرره فقهاء القانون الوضعي حول طبيعة الضرر الأدبي، أنه ضرر غير مالي، أي أن المصلحة المعتدى عليها لا تدخل تحت التعامل بالمال قصداً، وإن كان تقويمها بالمال في حالة الفوات يمكن وروده، وذلك كنوع من الضمان الذي يستهدف جبر الضرر ومواساة المعتدى عليه[3]، وأن محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الواقع عليها يشمل اختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصل بالتشويه أو إتلاف معنى من معاني الحياة في الإنسان، وهذه المعاني في واقع الأمر تمثل قيماً تعلو فوق قيمة المال، ولا تقدر به أصلاً، وإن كان وروده كمقياس لقيمتها أمراً ممكناً، وفى النهاية فإن تقرير أحكام

---

[1] د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٤٧٣، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٣٢٨ – دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣، د. جميل الشرقاوى – السابق.

[2] د. عبد الودود يحي – السابق.

[3] د. عبد الحي حجازي – نظرية الحق في القانون المدني – ص ٤٥ وما بعدها.

المسئولية في تلك الحالة يمثل مصلحة مقصودة بالحماية، لأنـــها تســـتهدف حماية تلك القيم في الإنسان والمجتمـــع، حتـــى لا يســـتهين النـــاس بـــها ويتجاسروا على التعدي عليها.

ارتباط الضرر المادي بالضرر الأدبي:

وإذا كان الفقه والقضاء قد درجا على استقلال الضـــرر المـــادي عن الضرر الأدبي بمفهوم خاص لكل منهما وبحسب اختلاف محل الحماية فيهما، فإن تلك التفرقة قد أوشكت على التلاشي وأخـــذت فـــي الانحســـار تدريجياً، حتى غدا وكأن كل حق يعتدي عليه يعتبر محلاً للضررين معـــاً، وهذا ما يدركه النظر في مجمل الفروع المختلفة، فكل ضـــرر مـــالي وإن كان يمثل إخلالاً بمصلحة مالية، إلا أن تلك المصلحـــة وإن كـــانت ماليـــة خالصة فإنها لا تسلم من ارتباط التعدي عليها بالضرر الأدبي الذي يمـــس المشاعر ويجعل الإنسان أسيراً للحزن الذي يتفاوت قوة وضعفاً وقلة وكثرة بحسب مدى ما ركب في نفس كل إنسان من الحرص على المال والتعلـــق به والخوف عليه، وبعض الناس إذا فقد مبلغاً ضئيلاً من المال فإنه يحـــزن عليه حزناً يفوق حزنه على فقد أحد أقاربه، وقد يدفع أحد الأشخاص حياتـــه فداء لماله، أو حزناً عليه، كمن يخسر في صفقـــة أو يفلـــس فـــي نشـــاطه التجاري فإنه ربما يحزن حزناً يصيبه بالاكتئاب حتى المـــوت، ومـــن ثـــم كانت الصلة وثيقة بين الضرر المالي والضرر الأدبي قائمة ووثيقة.

وكذلك الأمر في مجال الضرر الأدبي، إذ قل أن ينفصل أحدهمـــا عن الآخر، بل أنهما يرتبطان ببعضهما ارتباطاً لا يقبل الفصل فـــي كثـــير من الحالات، لأن الضرر الأدبي قد يكون أداة وسبباً للضر المـــالي، فمـــن يشيع عن تاجر أنه غشاش، فإن ذلك سوف يؤدى إلى انصـــراف العمـــلاء عنه، ومن ثم إفلاسه، ومن يشيع عن مدرسة خاصة للبنات أنـــها تحـــرض طالباتها على أعمال الفحش، فإن أولياء الأمور سينصرفون عنها، وسيؤدى ذلك إلى إغلاق أبوابها وتشريد العاملين فيها وقطع أرزاقهم، وهكذا يســـتبين

الحاصل، بل هـو الواقـع فـي كافـة المصالح التي يقع التعدي عليها، وذلك ما يتعين أخذه في الاعتبـار عنـد تقدير التعويض.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناهـــا أن توجـد علاقـــة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبــه المســئول، والضـــرر الـــذي أصـــاب المضرور، وبمعنى آخر أن يكون الضرر ناشـــئاً عـــن الخطـــأ مباشـــرة، فالضرر الذي يجب على المسئول أن يعوضه هو الضرر المباشـــر، وهـــو الضرر الذي تقوم بينه وبين الفعل المضار علاقة السببية[١]، ومن ثم وجـــب على من يطالب بالتعويض على أساس المسئولية عن الضـــرر الأدبـــي أن يقدم الدليل على توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر وبين الخطـــأ الذي يعزوه إلى المسئول على أساس أنه ملتزم بإثبات جميع أركان الحـــق الذي يطالب به[٢]، فلا يكفى أن يخطئ المدين وأن يضار الدائن، بل يجـــب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، إذ أنه بغـــير رابطـــة الســـببية لا يتصور قيام المسئولية، فالسببية ركن جوهري في كافة صـــور المســـئولية تفرضه بداهة المنطق ومقتضيات العدالة[٣]، وعبء إثبات رابطة الســـببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن، وذلك طبقاً للقاعدة العامـــة فـــي تحميل المدعى عبء إثبات ما يدعيه[٤]، بينما خالف في ذلك بعض الفقـــهاء

---

[١] د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه – ص ٧٢ – فقرة ٣٦.

[٢] د. جميل الشرقاوى – المرجع نفسه – ص ٤٨٦، د. أنور سلطان – المرجع نفسه – ص ٣٣٥، حيـــث يقرر أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ، ثم أضاف يقول: وهو يعتبر نتيجة طبيعيـــة إذا لم يكن في استطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول.

[٣] د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه.

[٤] المرجع السابق نفسه.

وقرروا أن المشرع قد افترض قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكلف الدائن بإثباتها، بل إ المدين هو الذي يكلف بنفيها إن ادعى أنها غير موجودة[1]، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى المادة (٢١٥) من التقنين المدني، والتي تقضي بتكليف المدين بعبء إثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، وقالوا: بتعميم هذا الحكم، والصحيح الراجح أن المادة (٢١٥) مدني والتي استند إليها هذا الرأي، لا تشير أصلاً إلى علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر، بل هي قاصرة على ركن الخطأ وحده فهي إذ تكلف المدين بإثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، لا تفترض أن عدم التنفيذ قد تسبب في الإضرار بالدائن بل تفترض أن عدم التنفيذ مرجعه فعل المدين، نهى تفترض الخطأ ولا تفترض وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر[2].

فإذا انتفت السببية فإن المخطئ لا يلزم بالتعويض، وذلك وفقاً لما تقضى به المادة (١٦٥) مدني إذ تقول: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور ، أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك " ، وعلى ذلك فإنه إذا كان المعتدى عليه هو المخطئ ، أو كان الخطأ قد وقع من الغير، ما لم يكن المدعى عليه مسئولاً عن هذا الغير ، فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً

---

(١) د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع نفسه – فقرة ٣٦٤، د. السنهورى – الوسيط – جـ١، فقرة ٤٥٥، وقارن نفس المرجع – فقرة ٦٢٩.

(٢) د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه – ص ٧٣، د. عبد الحي حجازي – المرجع نفسه – ص ١٥١ وما بعدها، د. أنور سلطان – فقرة ٣٤٤.

أو تابعاً، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في قيام المسئولية على المدعى عليه نحو المضرور[١].

وإذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض[٢].

ونخلص من ذلك أنه إذا كانت علاقة السببية غايتها أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ مباشرة، فيكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، وفى هذا تنص المادة (٢٢١) مدني مصري ، على أنه " ... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"، وعلى هذا فإنه يجب على المضرور أن يبذل جهداً معقولاً في توقى الضرر، فإذا لم يفعل ذلك يكون قد أخطأ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك، وعلى المضرور أن يتحمل تبعة خطئه بتحمل الأضرار التى تنجم عن هذا الخطأ[٣].

---

[١] الوسيط للسنهورى – جـ١ – ص ١٢٥٣، وحكم النقض المدني في ١٩٦٥/١١/١٦، المجموعة ١٦-١٦٨-١٠٨٢.

[٢] د. السنهورى – المرجع نفسه – ص ١٢٥٥.

[٣] المرجع نفسه – ص ١٢٧٥، والأحكام القضائية المشار إليها بالهامش.

المبحث الثالث

انقضاء الخطبة

أسباب انقضاء الخطبة :

وكما يترتب على العدول عن الخطبة انقضاؤها ، فإنها تنقضي مع ذلك بأسباب أخرى قد تكون إرادية ، وقد تكون غير إرادية ، أما الأسباب الإرادية فتتمثل في الاتفاق على إنهاء الخطبة ، وأما الأسباب غير الإرادية فإنها تتمثل في قيام مانع من الزواج والحكم نهائياً ببطلانها ، وبالوفاة ونشير إلى هذه الأسباب بشيء من التفصيل :

أولا : اتفاق الطرفين على إنهاء الخطبة :

كما تتم الخطبة بين الطرفين باتفاقهما فإنها تنقضي كذلك بالاتفاق بين الطرفين ، وهذا الاتفاق هو ما يسمى " بالتقايل " ، ويشترط لصحة الاتفاق بلوغ الخطيبين سن الرشد ، وإلا كانت موافقة ولي النفس ضرورية لصحة هذا الاتفاق .

ثانيا : قيام مانع الزواج :

ومن الموانع التي يترتب عليها انقضاء الخطبة دخول أحد الخطيبين في الرهبنة أو إصابته بمرض يحول دون المعاشرة الجنسية .

ثالثا : الحكم نهائيا ببطلان الخطبة :

وقد يحكم بانقضاء الخطبة نهائياً إذا ما تخلف شرط من الشروط الشكلية أو الموضوعية على التفصيل الذي رأيناه بصدد انعقاد الخطبة ، ومتى حكم نهائياً ببطلان الخطبة عاد الخاطبان إلى الحالة التي كانا عليها قبل انعقادها

، مع مراعاة إمكان الحكم بالتعويض على الطرف الذي كان يعلم بسبب البطلان ، ومع ذلك كتمه عن الطرف الآخر وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان [1] .

رابعا : الوفاة :

ومن أسباب انقضاء الخطبة وفاة أحد الخطيبين ، وقد نظمت المذاهب المسيحية آثار انقضاء الخطبة بسبب الوفاة .

في شريعة الأقباط الأرثوذكس : إذا توفى الخاطب فلورثته استرداد المهر أو ما اشترى به من جهاز وإذا توفيت المخطوبة فللخاطب أن يسترد المهر أو ما اشترى به من جهاز ، أما الهدايا فلا ترد في الحالتين (م ١٣) .

وعند الإنجيليين تنص المادة الخامسة من مجموعة أحوالهم الشخصية على أنه : " إذا مات أحد الخطيبين وكانت الخطبة تمت بصفة رسمية فللخطيب الآخر أن يسترجع ما أعطاه للمتوفى من مهر أو هدية ما عدا ما استهلك بشرط رد ما يكون أخذه من المتوفى .

ويلاحظ أن هذا النص يقضى بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الخطبة حيث يجيز لورثة الخاطب المتوفى أن يستردوا المهر وما يكون قد قدم من هدايا عدا ما استهلك منها ، على أن يسترد الحي ما أخذه من الميت ، وبهذا القيد الأخير خرج النص على القواعد العامة في الهبات التي تقرر بأن وفاة أحد طرفي عقد الهبة مانع من الرجوع فيها (م٥٠٢/١ مدني) ولكن شريعة الإنجيليين تقضي بغير ذلك حيث توجب رد الهدايا في تلك الحالة ، أما شريعة الأقباط الأرثوذكس فتقضي باستيفائها على ردها متفقه في ذلك مع القواعد العامة .

ولم يرد عند الكاثوليك نص في الإرادة الرسولية ينظم آثار انقضاء الخطبة بالوفاة ، ولكن الفقه عندهم يرى وجوب رد المهر والهدايا القائمة وقيمة المستهلكة عند انقضاء الخطبة بالوفاة ما لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين يقضي بغير ذلك .

الباب الثاني

انعقاد الزواج

شروط انعقاد الزواج :

لكي ينشأ الزواج لابد أن تتوافر شروطه وأركانه ، ومن هذه الشروط توافر الرضا بالزواج ، وموافقة من تلزم موافقتهم في الحالات التي يلزم فيها ذلك ، كما يشترط عدم وجود مانع من الموانع القانونية للزواج ، وهذان الشرطان هما ما يسميان في الفقه بالشروط الموضوعية للزواج ، وهناك بجانب الشروط الموضوعية شروط شكلية وإجراءات .

وسوف نبين شروط الزواج في فصلين نخصص أولهما للشروط الموضوعية ، ونخصص ثانيهما للشروط الشكلية .

الفصل الأول
الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج

وهذه الشروط تتمثل في الرضا بالزواج ، وموافقة من تلزم موافقتهم في الحالات التي يلزم فيها ذلك ، وعدم وجود مانع من الزواج .

المبحث الأول
الرضا بالزواج

أهمية الرضا بالزواج :

تنظر جميع الشرائع إلى الرضا على أنه عنصر رئيسي في الزواج ، حيث لا يمكن أن يقوم الزواج بدونه ، حتى ولو استوفى الشكل الذي يتطلبه القانون الكنسي بصفة عامة ، حيث لا يغني عن الرضا بالزواج ، أي شكل خارجي لقيام علاقة الزوجية .

ويشترط في الرضا بالزواج أن يكون بين ذكر وأنثى ، كما يجب أن يكون الرضا متبادلاً بين الطرفين بتوافق الإيجاب والقبول ، كما يشترط في الرضا أن يكون حالاً ، وإلا فإن الرضا إذا كان وارداً على الزواج في المستقبل فإنه لا يتم به زواج وإن كان يمكن أن يعتبر خطبة ، كما يجب في الرضا بالزواج أن يكون خالياً من العيوب .

وجود الرضا في الشرائع المسيحية :

الرضا بالزواج شرط رئيسي لقيام رابطة الزوجية عند جميع مذاهب المسيحيين وطوائفهم .

أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تنص المادة (١٦) من مجموعة سنة ١٩٥٥م على أنه : " لا زواج إلا برضا الزوجين " ، وجاء في الخلاصة القانونية : " تتوقف صحة عقد الزواج على رضا الزوجين " .

فالرضا بالزواج لابد أن يكون موجوداً ولا يغني عنه أي إجراء آخر كما يجب أن يكون حالاً ، ويجب أن يكون الرضا منصرفاً إلى حقيقته وهي إعطاء كل من الزوجين حقاً على جسده ، ويقبل حقاً على جسد صاحبه فيما يتصل بالأفعال التي يترتب عليها ولادة البنين ، كما يشترط أن يكون الرضا بالزواج صادراً ممن يملك القدرة القانونية على إصداره ، وذلك ببلوغ الرجل ثماني عشرة سنة كاملة ، والبنت ست عشرة سنة فإذا نقصت سن أحد الزوجين عن هذا الحد فإنه لا يكون صالحاً لإصدار الرضا .

وإذا صدر الرضا من عديم الإرادة كالمجنون فإنه لا يعتد به إلا إذا كان جنونه متقطعاً وصدر الرضا بالزواج في حال الإفاقة فإن الرضا يعتبر موجوداً ، وقد نصت المادة (١٧) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس : "

يثبت رضا الأخرس بإشارته إذا كانت معلومة ومؤيدة إلى فهم المقصود "، فإذا كان الأصل في الرضا أن يكون شفاهه من الزوجين متى كانا قادرين على الكلام ، فإنه عند عدم القدرة على الكلام يكفي التعبير عن الرضا بالإشارة ، ولابد أن يكون الرضا بالزواج صادرا من الزوجين نفسيهما ، فلا يجوز إثبات الرضا بالتوكيل أمام رجل الدين .

(ب) وفي شريعة الكاثوليك :

تنص المادة (١/٧٢) من الإرادة الرسولية على أنه : يقوم الزواج بالرضا الذي يبديه على مقتضى الشرع ، فريقان قابلان بعقده شرعا ، وليس في إمكان أي سلطان بشري أن يعوض عنه إذا نقص ، فلا يتم الزواج إلا بالرضا .

ويجب أن ينصرف الرضا إلى المقصود من الزواج ، وهو إعطاء كل من الزوجين حقا لصاحبه على جسده ، وهذا الحق مؤبد ومقتصر على الزوجين بهدف ولادة الجنين .

وإذا كان أحد الزوجين عدين الإرادة ، فإن الزواج وفقا للقواعد العامة يكون باطلا ، كما يجوز التوكيل في الزواج ، وذلك على عكس شريعة الأقباط الأرثوذكس ، ولكن بشرط أن يأذن الرئيس الكنسي المحلي (المواد ١/٧٩ ، ١/٨٠ ، ٨١) من الإرادة الرسولية .

والتعبير عن الرضا يجب أن يكون بالألفاظ ولا يجوز استعمال الإشارات للدلالة على الرضا طالما كان الزوجان قادرين على النطق ، كما يجب أن يكون الرضا منجزا وليس مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط .

(ج) وفي شريعة البروتستانت :

تنص المادة التاسعة من مجموعة الأحوال الشخصية للطوائف الإنجيلية على أنه : " لا يجوز أن يعقد الزواج إلا بعد الرضا بالإيجاب والقبول بين الزوجين " وليس في هذه المجموعة نصوص أخرى خاصة بالرضا ولذلك يمكن القول بأن الرضا يجب صدوره من شخص الزوجين فلا يجوز التوكيل فيه ، كما يجب أن يكون الرضا موجوداً ومنجزاً .

وجود الرضا في شرائع اليهود :

(أ) في شريعة الربانيين : رغم أن كتاب ابن شمعون لا يتضمن نصاً صريحاً يحتم الرضا بالزواج ، إلا أنه لا يثور أدنى شك بشأن توافر هذا الشرط فالزواج عند الربانيين عقد ، ومن ثم كان مفروضاً فيه لانعقاده ، والرضا في عقد الزواج يستلزم أن يكون كل من الزوجين قد بلغ حداً من الإدراك يمكنه من تقرير ما يترتب على رضاه من آثار . وقد نصت المادة (٣٣) من كتاب ابن شمعون على أنه : " يجوز الزواج بعد بلوغ الثالثة عشرة سنة بالنسبة للرجل واثنتا عشرة سنة ونصف بالنسبة للبنت " ، فإذا بلغ الزوجان هذه السن فلا ولاية لأحد عليهما ويجوز الزواج قبل بلوغ هذه السن الصغيرة ، وفي هذه الحالة ينعقد الزواج برضا أبيها وهذا ما يعرف بولاية الإجبار - سواء رضيت أم لم ترض ، فإذا كانت الصغيرة يتيمة فيجوز زواجها بولاية أمها أو أحد أخوتها ولكن لابد من رضاها ، وقد نصت المادة (٢٤) من كتاب ابن شمعون على ذلك بقولها : " يجوز زواج الصغيرة بولاية أبيها متى أراد ، أو متى أرادت أمها أو أحد أخوتها إذا كانت يتيمة ورضيت ، وفي حالة تزويج الأب للصغيرة فإن الزواج لا ينقضي إلا بالطلاق . أما في حالة تزويج الأم أو الأخ فإنها تستطيع فسخ العقد ، ويجوز زواج الصغير قبل بلوغه سن الرشد .

ويشترط في الرضا أن يتم بألفاظ معينة بالنسبة للرجل وذلك بأن يقول لـــها بالعبرية : " تقدست زوجة لي " ، أما بالنسبة للمرأة فيكون رضاها ضمنـــاً بقبولها ما يقدم لها من خاتم أو نحوه ، وفي حالة عدم قـــدرة الزوجيـــن أو أحدهما على الكلام فإن زواجهما ينعقد بواسطة السلطة الشرعية .

والجنون مانع من الزواج ، وتجوز الوكالة في الزواج بالنسبة للرجـــل إذا منعه مانع من الحضور بشخصه ، ولكن لا يصح أن يكون الوكيل أجنبيـــاً أو أخرس أو غير بالغ عاقل رشيد (م ٦٣) مـــن كتـــاب ابـــن شـــمعون والتقديس في شريعة الربانيين يشبه الأملاك في شريعة الأقباط الأرثوذكس حيث يرتبط الزوجان به ارتباطاً شرعياً ، ولك لا تحل المعاشـــرة إلا بعـــد إتمام إجراءات الزواج الأخرى .

الزواج بدون رضا المرأة :

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن المادة (٣٦) من كتاب ابن شمعون تنص على أن : " المتوفى عنها زوجها إذا لم يترك أولاداً وكان له شقيق أو أخ لأبيـــه عدت له زوجة شرعاً ولا تحل لغيره ما دام حياً إلا إذا تبرأ " وهي الحالـــة التي يتم فيها الزواج بغير رضا المرأة . وقد رفض القضاء تطبيـــق هـــذا الحكم لأنه مخالف للنظام العام كما رأينا.

(ب) في شريعة القرائين :

لابد من وجود الرضا في الزواج ، ويجب أن يكون الزوجان قد وصلا سناً معيناً وهو بلوغ الحلم . ولم تحدد شـــريعة القرائيـــن ســـناً معينـــاً وزواج الصغيرة جائز ، وأمرها يكون بيد والدها يزوجها ويقبل طلاقها ، وإذا لـــم يكن لها أب ينتظر حتى تبلغ فتتزوج ، ولا تمتد الولايـــة لأمـــها أو أحـــد

أخواتها ، والبالغة لا يكفي رضاها لإتمام الزواج ولكن يجب أن يشترك أبوها في الرضا ، فإذا تم الزواج بدون رضا الأب ، فإن له أن يطلب إبطال زواجها . ولا تزول ولاية ابنته إلا إذا طلقت أو توفى عنها زوجها . وتجوز الوكالة في الزواج بالنسبة للرجل ، كما أن للأب أن ينيب من أجل ابنته والوكيل كالأصيل .

ولا يأخذ القرائون بما جاء في شريعة الربانيين من أن المتوفى عنها زوجها دون أولاد تصبح زوج لأخيه دون رضاها لأن هذا الحكم متفق على نسخه عندهم .

المبحث الثاني

صحة الرضا في الزواج

طبيعة عيوب الرضا في الزواج :

لا يكفي في الرضا أن يكون موجودا في الزواج ، بل يجب أن يكون سليما وخاليا من العيوب ، وعيوب الرضا المعروفة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، إلا أن هذه العيوب لا تنطبق في عقد الزواج كما تطبق في العقود الأخرى ، وذلك نظرا للطبيعة الخاصة التي يتسم بها عقد الزواج ، ونظرا لما يترتب على إبطاله من آثار تزيد من خطورتها وأهميتها على الآثار التي تترتب على إبطالها أي عقد من العقود .

ومن المعروف أن دور الإرادة في الزواج يقل كثيراً عن دورها في العقود الأخرى حيث يقتصر في الزواج على مجرد القبول أو الرفض أما آثار الزواج فإنها تخضع لتنظيم آمر لا دخل للإرادة فيه ، ومن ثم فإن القاضي في العقود العادية يستطيع أن يستخلص عيوب الرضا من التعبير عن الإرادة ومن الظروف التي أحاطت بالتعاقد ، أما الزواج فإن التعبير عن الرضا فيه يتم وسط مراسيم الزواج بقبول لا يمكن أن يشوب الرضا فيه عيب من العيوب لذلك فإن نطاق عيوب الإكراه ينكمش في مجال الزواج ، فلا يطبق فيها فيه إلا الغلط والإكراه كمسببين لعيوب الرضا في الزواج وينبغي إلقاء الضوء عليهما .

الغلط المعيب للرضا في الشرائع المسيحية :

والغلط في الرضا بالزواج لا يختلف عنه في سائر العقود ، حيث يتمثل في وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ، والرضا لا يترتب عليه فساد العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد أتصل به من ناحية

العلم به أو الوقوع فيه أو كان من السهل عليه أن يعلمه والغلط في عقد الزواج يجب أن يكون جوهريا ، ويكون الغلط كذلك إذا وقع في شخص الطرف الآخر أو في صفة من صفاته وقد نظمته شرائع المسيحيين كالاتي:

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تنص المادة (٣٦) من مجموعة سنة ١٩٥٥م على أنه : " إذا وقع غش في شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن في الزواج إلا من الزوج الذي وقع عليه الغش ، وكذلك الأمر فيما إذا وقع غش في شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر ، وسبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها أو في خلوها من الحمل وثبت أنها حامل .

ويتضح من هذا النص أن الغلط في الزواج يجب أن يكون نتيجة غش فإذا كان قد جاء بصفة تلقائية ، فإنه لا يعد عيبا يعيب الرضا بالزواج وليس المراد بالغش التدليس كما جاء في القانون المدني لأن النص لا يشترط أن يكون الغلط نتيجة طرق إحتيالية [١].

ويجب أن يكون الغلط دافعا إلى الزواج حتى يعتد به كعيب من عيوب الرضا ، كما يجب أن يكون واقعا في شخص الزوج الآخر ، فإذا تزوج رجل امرأة ثم تبين أنه يقصد الزواج بأخرى ، فإنه يكون واقعا في غلط يجعل رضاه معيبا .

---

(١) د. عبد الودود يحي – المرجع السابق – ص ١٣٢ .

وإذا كان الغلط في صفة من صفات الزواج فإنه بحسب الأصل لا أثر لـــه على صحة الزواج ، ومن ثم فإن الغلط لا يعتبر جوهرياً في هذه الحالـــة ، طالما أن الشخص المقصود لم يتغير ،فإذا اعتقـــدت الزوجـــة أن زوجـــها يشغل منصباً معيناً أو وظيفة معينة ثم وجدته غير ذلك فلا يصــح لــها أن تطعن في هذا الزواج على أساس الغلط .

وإذا كان ذلك هو الأصل ، إلا أن شريعة الأقباط الأرثوذكس تعتد بـــالغلط في الصفة وذلك في حالتين :

الأولي : إذا وقع غش في شأن بكارة الزوجة ، بأن ادعت أنها بكر وثبـت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها ، فإذا كانت قد أزيلـــت بســبب عمليــة جراحية أم بسبب حادثة فلا أثر لذلك على صحة الرضا .

الثانية : إذا ادعت خلوها من الحمل وثبت أنها حامل ويشـــترط للاعتـــداد بالغلط في هاتين الحالتين أن يكون قد جاء نتيجة غش الزوجـــة ، ويعتـــبر الغش متوافرا من مجرد ادعاء الزوجة أنها بكر أو أنها غـــير حـــامل ثـــم يظهر أن الحقيقة على خلاف ذلك .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

تنص المادة (٧٤) من الإرادة الرسولية على ما يأتي :

(١) " أن الغلط في الشخص يبطل الزواج .

(٢) الغلط في صفة الشخص وإن كان الغلط سببا للعقد ، لا يبطل الـزواج ما لم :

(أ) يؤدي الغلط في الصفة إلى الغلط في الشخص .

(ب) ما لم يبرم شخص حر عقد زواج مع شخص يظنه حـــرا بينمـــا هـــو العكس عبد رقيق ".

وهكذا فإن الغلط في الشخص يبطل الزواج ، أما الغلط في الصفة فالأصل وفقا لنص المادة (٧٤) أنه لا يبطل الزواج إلا في حالة ما إذا أدى إلى غلط في الشخص ، أو إذا أعتقد الزوج أنه يبرم الزواج مع شخص يظنه حرا ثم تبين أنه عبد رقيق ، وليس لهذه الصورة وجود في الوقت الحاضر ولا يشترط في الغلط أن يكون نتيجة غش .

(ج) في شريعة البروتستانت :

لا جدال في أن الغلط يعيب الرضا بالزوج في هذه الشريعة كما في شريعة الكاثوليك ، حيث تعتبر هي المصدر العام لمذهب البروتستانت الذين لا يوجد في قانونهم تنظيم الغلط ، ومن ثم فإن ما ورد بشأنه من أحكام في شريعة الكاثوليك يطبق على البروتستانت .

الإكراه على الزواج في الشرائع المسيحية :

(أ) عند الأقباط الأرثوذكس :

تنص المادة (٣٦) من مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس على أنه : " إذا كان الزواج بغير رضا الزوجين أو أحدهما رضاء صادرا عن حرية واختيار - فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذي لم يكن حرا في رضاءه ، فالإكراه يعتبر عيبا في الرضا بالزواج وفق هذا النص ، ولكنه لم يبين لنا الشروط التي يجب توافرها في الإكراه الذي يعيب الرضا ، ومن ثم وجب الرجوع إلي القواعد العامة في القانون المدني ، حيث تقضي بوجوب أن تكون وسائل الإكراه قد بلغت درجة من الجسامة ولدت في نفس الشخص خوفا شديدا دفعه إلى إبرام عقد الزواج .

وتقدر جسامة الخطر بمعيار شخصي يرجع فيه إلى جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته النفسية والصحية وما يحيط به من ظروف .

والأصل أن الرهبة المكونة للإكراه لا تنشأ عن النفوذ الأدبي لمن يدين لـــهم الشخص بالاحترام ، ولكنها قد تعتبر كذلك إذا صاحبها خوف شديد يســـلب الشخص حريته في الاختيار والأمر فـــي ذلــك كلــه مــتروك لقــاضي الموضوع[1] .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

تنص المادة (٧٨) من الإرادة الرسولية على أنه :

(١) لا يصح الزواج المعقود عن قهر أو خوف شـــديد دون حـــق ، علــة خارجية لإكراه أحد الفريقين على الرضا .

(٢) كل خوف غير هذا ولو سبب إبرام العقد لا يلازمه بطلان الزواج .

ويسري في شرح هذا النص من أحكام ما تقرر بالنسبة للأقباط الأرثوذكـس وقد أضافت المادة (٦٤) من الإرادة الرسولية الخطف كقرينة على الإكراه. وتعتبر هذه الشريعة أكثر الشرائع المسيحية إفصاحاً بصدد عيــب الإكـــراه وهي تضع له الشروط الأربعة الآتية :

(١) أن يكون الخوف شديداً ، ويترك لقاضي الموضوع تقدير ذلك ولا يقبل في هذا المجال أن يأتي الولد ويدعي أنه نظراً لاحترام والده كان مكرهـــاً في زواجه ، لكن لو قامت أمور مستقلة عن الرغبـــة فـــي إحـــترام إرادة الوالدين والخوف من إيلامهما أو الوقوع تحت سيطرة ذي شوكة أو نفـوذ ، فقد يتوافر الإكراه كما في حالة التوبيخ المستمر والتهديد بالحرمـــان مـــن الميراث فهذه تولد رهبة تكون إكراهاً .

---

(١) د. توفيق فرج – أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين – فقرة ١٠٢ .

(٢) أن يكون الخوف قد تولد في النفس بوسيلة غير مشروعه ، أو لغاية غير مشروعه ، ففي حالة وقوع إكراه من والد البنت على من يغتصبها ويرغمه على الزواج منها ، وكانت وسيلته التهديد بالقتل ، فإن الإكراه يتحقق في هذه الحالة.

(٣) أن يأتي الخوف من علة خارجية ، فلا يعتد بالخوف المنبعث من نفسية المكره الداخلية ، دون أن يقع أمر خارجي يبعث عليه كما يجب أن يكون مصدر الرهبة من شخص وليس من حادثة من الحوادث .

(٤) أن يكون الغرض من الإكراه هو دفع المكره إلي الزواج دون غاية أخرى ، هذا وتقضي الإرادة الرسولية بأنه لا يمكن أن يقوم زواج بين الرجل الخاطف والمرأة المخطوفة بقصد التزوج منها ما دامت في حوزة الخاطف ، وأنه لا يزول المانع إلا إذا فصلت المرأة المخطوفة عن خاطفها ووضعت في مكان أمين حر فرضيت بالتزوج منه .

(ج) وعند البروتستانت :

لم تنظم مجموعة الأحوال الشخصية للإنجيليين عيوب الرضا ، ورغم ذلك فإن هذا لا يمنع من اعتبار الإكراه عيباً من عيوب الرضا في الزواج ، وذلك عملاً بما تقرر في شريعة الكاثوليك التي تعتبر عند عدم النص مصدراً لشريعة الإنجيليين الوطنيين .

عيوب الرضا في شرائع اليهود :

الكتب الفقهية لشرائع اليهود لا تتضمن تنظيما للغلط والإكراه على أساس أنهما من عيوب الرضا بالزواج ، وعند الربانيين لم ينص كتاب ابن شمعون على الغلط كعيب من عيوب الرضا ، ولكن جعله سببا للطلاق في

بعض الحالات مثل العيوب في المرأة إذا لم يكن الزوج يعلمها ، فظهور عدم البكارة ، وكذلك الروائح الكريهة بالزوج في أنفه أو فمه إذا لم تكن الزوجة تعلم بها .

أما بالنسبة للإكراه ، فيمكن أن نقول أنه يعيب الرضا وذلك من منطلق القواعد العامة، التي تقضي بضرورة الرضا لإتمام الزواج ، كما يمكن القول بأن الأب يجوز له أن يزوج ابنته الصغيرة دون رضاها وذلك على سبيل الاستئناس بحالة من تصبح زوجة للشقيق بقوة القانون إذا لم يتبرأ منها .

وعند القوانين : يعتبر الغلط سببا للطلاق وليس عيباً من عيوب الرضا ، أما الإكراه فإنه يعيب الرضا بالزواج لأن القبول لابد منه وإلا فلا رضا ولا زوجية كما تقضي المادة (٧٠) من شعار الخضر ، ويستثنى من ذلك حق الرجل في إجبار ابنته الصغيرة على الزواج دون رضاها .

المبحث الثالث

موافقة الأولياء أو الأقارب على الزواج

موافقة الأولياء في الشريعة المسيحية :

لا يكفي أن يوجد الرضا بالزواج ، وأن يكون سليماً وخالياً من العيوب ، وإنما لابد من موافقة الأولياء أو الأقارب إذا كان أحد الزوجين قاصراً وذلك في بعض الشرائع .

(١) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

لا يستطيع الشخص أن يستقل بإبرام زواجه إلا إذا كان قد وصل إلى السن التي تنتهي فيها الولاية على النفس ، وهذه الولاية تنتهي ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ميلادية ، إلا إذا أقر المجلس الملي استمرارها ، فمن بلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية يجوز له أن يزوج نفسه ، فإذا كان الزوج أو الزوجة دون الحادية والعشرين سنة فيشترط لصحة الزواج رضا الولي الشرعي .

والولاية على نفس القاصر تكون للأب ثم لمن يوليه الأب بنفسه قبل موته، فإذا لم يول الأب أحدا فالولاية بعده للجد الصحيح ثم للأم ما دامت لم تتزوج ثم للجد لأم ، ثم للأرشد من الأخوة الأشقاء ، ثم من الأخوة لأب ، ثم من الأخوة لأم ، ثم من الأعمام ثم من الأخوال ، ثم من أبناء العم ثم من أبناء الأخوال ، ثم من أبناء العمات ثم أبناء الخالات ، فإذا لم يوجد ولي من الأشخاص المتقدم ذكرهم يعين (المجلس) ولياً من باقي الأقارب أو من غيرهم فإذا امتنع الولي عن الموافقة على زواج القاصر ، دون موجب شرعي ، فلطالب الزواج أن يرفع الأمر إلى القضاء للفصل فيه .

(ب) وفي شريعة الكاثوليك :

موافقة ولي النفس على زواج القاصر غير لازمة لصحة الزواج ، فالمادة (٥٧) من الإرادة الرسولية تنص على أنه : " لا يصح زواج الرجل قبل تمام السنة السادسة عشرة من عمره ، ولا زواج المرأة قبل تمام الرابعة عشرة من عمرها ،وليس في النص شرط خاص بموافقة الولي أو أذنه ، وبناء على ذلك فإذا بلغ الشاب ست عشرة سنة وبلغت البنت أربع عشرة سنة ، فإنهما يملكان شرعاً إتمام الزواج ، ويكون زواجهما صحيحاً دون موافقة أو أذن من الولي ، إلا أن المادة (٥٧) من الإرادة الرسولية تضيف أنه : " وإن صح عقد الزواج بعد السن المذكورة فليحرص مع ذلك رعاة النفوس أن يرغبوا عنه الشبان إذا طلبوه قبل السن التي ألف الناس فيها عقده حسب القواعد المرعية في كل بلد " .

كما تقضي المادة (٢٤) من الإرادة الرسولية أنه : " يجب على رجل الدين أن ينصح الأولاد القصر بألا يعقدوا الزواج دون معرفة والديهم أو بالرغم عنهم إذا كانت عدم موافقة هؤلاء على الزواج على صواب ، فإذا لم يذعنوا فإن على رجل الدين أن يمتنع عن حضور زواجهم قبل أن يستشير الرئيس الكنسي الملي " .

(جـ) وفي شريعة البروتستانت :

لا يشترط موافقة الولي حيث لا يجوز أن يعقد الشاب الزواج إلا إذا بلغ ثماني عشرة سنة والصبية ست عشرة سنة على الأقل .

موافقة الأولياء في الشريعة اليهودية :

في شريعة الربانيين إذا بلغ الزوج ثلاثة عشر سنة ، والزوجة اثنتا عشرة سنة ونصف فإن لهما أن يستقلا بإتمام الزواج ولا ولاية لأحد عليهما في ذلك (م ٢٣) من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون .

ويجوز الزواج قبل هذه السن ولك في هذه الحالة يكون للأب ولاية إجبار على ابنته الصغيرة في تزويجها لأول مرة كما يكون للأب وللأخوة تزويجها بشرط رضاها ، أما بالنسبة للصغير فليس للأب ولاية إجبار في تزويجه ولكن موافقته على الزواج لازمة إذا كان زواج الصغير قبل بلوغه سن ثلاث عشرة سنة .

وعند القرائين :

لا توجد سن محددة للزواج ، بل إن ذلك متوقف على البلوغ الطبيعي مع التفرقة في الحكم بين البنت والولد فالبنت الصغيرة يكون للأب عليها ولاية إجبار في تزويجها قبل البلوغ ، وتستمر هذه الولاية بعد البلوغ بحث تكون موافقة الأب على الزواج لازمة بالإضافة إلى رضا البنت ، وهذه الولاية لا تكون لغير الأب .

أما بالنسبة للولد فلا ولاية لأحد عليه ، لأنه لا يستطيع الزواج قبل البلوغ ، فرضاه في هذه الحالة لا يعتد به .

الفصل الثاني
موانع الزواج

معنى المانع من الزواج :

رأينا أن الشروط الموضوعية للزواج هي الرضا وعدم وجود مانع من الزواج وقد تكلمنا عن الرضا ، ونود فيما يلي بيان الشرط الثاني وهو عدم وجود مانع للزواج .

ويقصد بالمانع-بصفة عامة-: كل ظرف أو سبب إذا وجد فإنه يكون عقبة في سبيل قيام الزواج (1)،وهو في اللغة : خلاف الإعطاء (2) ، والحائل بين الشيئين (3)،وفي اصطلاح الفقهاء : وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده عدم الحكم (4) ، وذلك كالقتل المانع من الميراث .

وتنقسم موانع الزواج من حيث أثرها إلى موانع مبطلة وموانع محرمة ، فالموانع المبطلة هي التي تجعل الزواج باطلا أي غير قائم ، ومثالها الزواج القائم واختلاف الدين ، وأما الموانع المحرمة فهي التي تنهي عن الزواج ولكنها لا تبطله ، وإنما تجعله حراما إذا تم رغم قيام المانع ، ومثالها القرابة القانونية .

والموانع المبطلة يمكن إرجاعها إلى مجموعتين تبنى الأولى منهما على صلة أحد الزوجين بالآخر ، وهي القرابة والمصاهرة والزنا والقتل ،

---

(1) د. توفيق فرج – المرجع السابق-فقرة ١٠٥ ، د. عبد الودود يحيى-المرجع السابق فقرة ١٨٣ .

(2) لسان العرب لابن منظور – مادة (منع) .

(3) القاموس المحيط – مادة (منع) .

(4) د. محمد سلام مدكور – مباحث الحكم عند الأصوليين – ص ١٣٢ ، د. حسين حامد حسان – الحكم الشرعي – ص ٨٢ .

وتبنى الثانية على صفة ذاتية في أحد الزوجين ، وهي الاختلاف في الديـن والملة ، والكهنوت ، والرهبنة ، والارتباط بزواج قائم ، وانقضاء العـدة ، والعجز الجنسي ، وأيا كان مبنى هذه الموانع فإنها جميعـها تـهدف إلـى حماية المصالح الاجتماعية والخلقية التي تقتضي منع الزواج بيـن بعـض الأشخاص أو في بعض الظروف ، ونخصص لبيان كل مجموعة مبحثا .

المبحث الأول

الموانع الناشئة عن صلة أحد الزوجين بالآخر

أولا : مانع القرابة :

اعتدت جميع الشرائع بالقرابة فجعلتها مانعا من موانع الزواج وإن اختلفت هذه الشرائع فيما بينها على درجة القرابة التي يقف عندها هذا المانع ، وقد ورد الأصل العام في تحريم الزواج من الأقارب في التوراة وقد جاء فيها: " لا يقترب إنسان إلى قريب جسده ليكشف العورة [1] " .

وقد كانت القرابة مانعا من الزواج في القانون الروماني والشريعة الموسوية إلا أن فقهاء القانون الكنسي في العصور الوسطى قد بالغوا في اعتبارها مانعا مبطلا للزواج حتى كادت الكنيسة تبطل الزواج الذي تم بين الأقارب مهما بعدت درجة القرابة ، ويعرف القانون الكنسي أربع صور من القرابة وهي :

١ - **قرابة الدم** : وهي القرابة التي تقوم على صلة الدم بين الأقارب ولذلك تسمى قرابة الدم ، كما تسمى قرابة النسب .

٢ - **قرابة المصاهرة** : وهي القرابة التي تنشأ بسبب الزواج وتقوم بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر .

٣ - **القرابة القانونية** : وهي تنشأ عن التبني .

٤ - **القرابة الروحية** : وهي التي تكون بين من يشتركون معا في ممارسة بعض الأسرار الكنسية المقدسة .

---

(١) التوراة : سفر اللاويين – الأصحاح الثامن عشر ، فقرة ٦ .

ويمكن بيان مدى تحقيق كل نوع من هذه الأنواع للمنع من الزواج في الشرائح المسيحية .

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

(١) **قرابة الدم** : وهي التي تقوم على صلة الدم بين الأقارب ، وتسمى قرابة مباشرة إذا كانت. بين الأصول والفروع ، وهي تحرم الزواج بينهم مهما كانت درجتها فتمنعه بين الأصول وإن علوا والفروع وإن سفلوا ، فإن كانت بين غير الأصول والفروع ممن يجمعهم أصل مشترك فإنها تسمى قرابة حواشي ، وهي تمنع الزواج الشخصي بفروع أبيه وأمه أما بالنسبة لفروع أجداده فإنها تمنع إذا كان انفصالهم عنه بدرجتين (م٢١ سنة ١٩٣٨ ، ٢٠ من مجموعة سنة ١٩٥٥) وهي تنص على ما يأتي:-

تمنع القرابة من الزواج :

(أ) بالأصول وإن علوا والفروع وإن سفلوا .

(ب) بالأخوة والأخوات ونسلهم .

(ج) بالأعمام والعمات والأخوال والخالات دون نسلهم .

فيحرم على الرجل أن يتزوج من أمه وجدته وإن علت وبنته وبنت ابنه وإن سفلت وأخته وبنت أخته وبنت أخيه وإن سفلت وعمته وعمة أصوله وخالته وخالة أصوله ، وتحل له بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات ، وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال ، ويحل للمرأة أبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات .

وهذا التحديد لقرابة الحواشي المحرمة للـــزواج يشـبه تحديـد الشـريعة الإسلامية .

ويراعى أن شرائح الطوائف الأرثوذكسية الأخرى تختلف فيما بينها حـول تحديد درجة التحريم فشريعة السريان مثلاً تصل في التحريم إلى الدرجـة الخامسة بدخول الغاية .

(**ب**) **في شريعة الكاثوليك** :

القرابة من أسباب التحريم في هذه الشريعة سواء أكانت قرابة دم مباشـرة أو قرابة حواشي حتى الدرجة السادسة مع دخول الغاية ويجوز الإعفاء مـن بعضها للرؤساء الكنسيين ، وقد جاء في الفقرة (٢) من المادة (٦٦) التـي تنص على " أن الزواج لاغ في الخط المنحرف حتـى الوجـه السـادس بالتضمن " .

(**جـ**) **في شريعة الإنجيليين** :

حذا الإنجيليون حذو الأقباط الأرثوذكس ، في المادة السابعة مـن قـانون الإنجيليين الوطنيين .

(٢) **القرابة القانونية** : أو القرابة الحكمية : وهي التي لا تبنى على رابطـة الدم ولكن القانون هو الذي يضفي عليها صفة المنع وهي على ثلاثة أنواع: قرابة التبني ، وقرابة الرضاع ، والقرابة الروحيـة (بسـبب العمـاد أو الإشبين) .

(**أ**) **في شريعة الأقباط الأرثوذكس** :

وهي أشد الشرائع المسيحية في اعتبار التبني مانعاً للزواج يحـول عندهـم بين زواج الولد بالتبني ووالده الذي تبناه ومن يولد لهذا من أولاد أو يتبناهم

من أولاد آخرين وكذلك بين كل منهما وزوج الآخر (م ٢٢/٢٣) من مجموعتي الأحوال الشخصية للأقباط .

أما القرابة الروحية أو قرابة التعميد فكانت تمنع الزواج بين الأشبين والطفل المعمد ، والأشبين هو من يتولى تعليم الطفل بعد تعميده وذلك في المجموعات القديمة ، ولكنها استبعدت الآن كسبب لمنع الزواج في النصوص الحديثة لقواعد الأحوال الشخصية للأقباط .

وكذلك الحال بالنسبة لقرابة الرضاع ، وإذن فالرضاع عندهم لا يمنع الزواج كما يمنعه في الشريعة الإسلامية .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

لا تعرف هذه الشريعة مانع قرابة الرضاع ، وإذن فهو لا يعتبر مانعاً لديهم .

أما القرابة القانونية التي تنشأ عن العماد فتمنع الزواج بين الأشبين وبين المعمد ووالديه (م٧٠) ولكن يجوز للرؤساء الكنسيين المحليين الإعفاء من مانع القرابة الروحية (م٣٢) وألا يبطل الزواج بالقرابة بين الأشبين من جهة والمعمد ووالديه من جهة أخرى .

وأما القرابة القانونية التي تنشأ عن التبني فقد نصت المادة (٧١) من الإرادة الرسولية على أن الذين يعدون غير قابلين بقوة القانون لعقد زواجهم بسبب الوصاية أو القرابة الشرعية الناشئة عن التبني لا يستطيعون بقوة الشرع القانوني أن يعقدوا زواجا صحيحاً فيما بينهم .

وإذن فقد ربطت الإرادة الرسولية بين اعتبار التبني مانعاً وبين تنظيم القانون المدني له ، فإن كان هذا الأخير يجعل التبني مانعاً كان كذلك ووفقاً

للدرجة التي يحددها القانون المدني ، وإن لم يعتبرها مانعا لم يكن كذلك ، ولما كان القانون المدني عندنا لا ينظم التبني ولا يجعله مانعا للزواج فإنه لا يعتبر مانعا.

(ج) في شريعة الإنجيليين :

خلت شريعة الإنجيليين من النص على موانع الرضاع والإشبين والتبني وإذن فهي لا تعتبر أيا منها مانعاً للزواج .

ثانيا : مانع المصاهرة :

والمصاهرة هي العلاقة التي تنشأ بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر فتؤدي إلى اختلاط أسرهم بحيث تشبه علاقة الدم التي تربط أفراد الأسرة الواحدة .

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

درجة المصاهرة التي تمنع الزواج عند الأقباط الأرثوذكس هي ذات درجة القرابة المحرمة وقد نصت المادة (٢١) من مجموعة الأقباط لسنة ١٩٣٨ على أنه " تمنع المصاهرة من زواج الرجل " :

(١) بأصول زوجته وفروعها ، فلا يجوز له بعد وفاة زوجته أن يتزوج بأمها أو جدتها وإن علت ولا ببنتها التي رزقت بها من زوج آخر أو بنت ابنها أو بنت بنتها وإن سفلت .

(٢) بزوجات أصوله وزوجات فروعه وأصول أولئك الزوجات وفروعهن ولا بزوجات أعمامه وأخواله .

(٣) بأخت زوجته ونسلها وبنت أخيها ونسلها .

(٤) بزوجة أخيه وأصولها وفروعها .

(٥) بعمة زوجته وزوجة عمها وزوجة خالها وخالتها .

(٦) بأخت زوجة والده وأخت زوج والدته وأخت زوجة ابنه وأخت زوج بنته وما يحرم على الرجل يحرم على المرأة[1].

(ب) في شريعة الكاثوليك :

تمنع هذه الشريعة الزواج بين كل من الزوجين وبين أصول وفروع الزوج الآخر بغير تحديد درجة بينه وبين الحواشي حتى الدرجة الرابعة إلا أنه يجوز للبطريرك أن يعفى من مانع قرابة المصاهرة وحواشي الآخر من الدرجة الثانية وما يليها(م٢١٠) .

(جـ) في شريعة الإنجيليين :

تخففت هذه الشريعة في تحديد درجة المصاهرة المحرمة للزواج فنصت في المادة (٧) من قانونهم على أنه : " لا يحل للزوج أن يتزوج أم زوجته ولا أخت زوجته ولا زوجة جده ولا زوجة أبيه ولا زوجة خاله ولا زوجة أخيه ولا زوجة ابن أخته ولا زوجة ابنه ولا بنت أخي زوجته ولا بنت أخت زوجته ولا بنت زوجته ولا بنت بنت زوجته ولا بنت ابن زوجة أبيه وما يحرم على الرجل يحرم على المرأة " .

ثالثا : مانع الزنا :

الزاني ، هو من يتصل بغيره اتصالاً جنسياً رغم ارتباطه بزواج قائم ، وشرائع الأرثوذكس والكاثوليك تحرم الزواج بين الزاني وشريكه على خلاف في التفصيلات ، أما شريعة الأنجليين فلا تمنع الزواج بين مثل هذين الشخصين ، ويفترض منع الزواج بين الزاني وشريكه – بطبيعة

---

(١) الخلاصة القانونية – ص ١٢ – مسألة ١٧ .

الحال – أن يكون المتزوج منهما قد تحلل من الزواج الذي كان يربطه حين وقع الزنا .

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

لا يجوز زواج من طلق لعلة الزنا إلا بعد تصريح من الرئيس الديني .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

إن الإرادة الرسولية لا تبيح التطليق لعلة الزنا وكل ما هناك أنه يحق للزوج البريء أن يهجر زوجه الزاني مع بقاء وثائق الزوجية (١/١١٨) وتنص المادة (٦٥) من الإرادة الرسولية على أنه لا يكفي مجرد الزنا لتحريم الزواج بين من ارتكباه بل لابد من أن يقترن الزنا إما بالتواعد على الزواج أو محاولة عقده وإما بقتل أحدهما زوجه، ومن ثم فتحريم الزواج بين الزاني وشريكه ليس مرده الزنا وإنما الارتباط بزواج آخر في الصورة الأولى والقتل في الصورة الثانية .

(جـ) في شريعة الإنجيليين :

لم يتضمن قانون الإنجيليين الوطنيين إشارة إلى مثل هذا المانع ومن ثم يمكن القول بأن هذه الشريعة لا تمنع الزواج في هذه الحالة .

رابعا : **مانع القتل** :

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تنص شريعتهم على أنه لا يجوز زواج القاتل بزوج القتيل على أن هذا المنع قاصر في الحقيقة على صورة القتل العمد الذي يتعاون الشخصان فيه على القتل ليتسنى لهما الزواج – ومن ثم فلا يثور هذا المانع حيث يثبت أن القتل لم يكن عمداً ولم يسبقه أي تفاهم بين القاتل وزوج القتيل .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

تنص المادة (٦٥) من الإرادة الرسولية على أنه لا يصح زواج من تعاون مع صاحبه تعاونا طبيعيا أو أدبيا فقتلا الزوج .

والمقصود بالتعاون الطبيعي أو الأدبي هو أن يكون كل من الشخصين فاعلين أو أحدهما فاعلا والآخر شريكا أو شريكين في جريمة القتل .

(جـ) في شريعة الإنجيليين :

لم يتضمن قانون الإنجيليين الوطنيين إشارة إلى مثل هذا المانع أي أنها لم تعرض لمانع القتل ، وإذن فهو ليس قائما عندهم .

المبحث الثاني

الموانع الناشئة عن صفة ذاتية في الشخص

قد تكون هذه الموانع بسبب صفة طبيعية ناشئة عن التكوين الجسماني للشخص كالجنون والمرض الذي يسبب العجز الجنسي ، أو تكون بسبب صفة مدنية اكتسبها من مركزه أو من حالته المدنية وهي الاختلاف في الدين والكهنوت والرهبنة والارتباط بزواج قائم والعدة .

أولا : مانع المرض :

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تشير بعض مصادرهم إلى أن المرض الذي يستعصي علاجه ويجعل المعيشة الزوجية غير ممكنة مانعا من الزواج ، إلا أن مجموعة سنة ١٩٥٥ لم تورد من الأمراض سوى الجنون واعتبرته مرضا يمنع الزواج.

وقد قرت هذه الشريعة على اعتبار العجز الجنسي مانعاً من انعقاد الزواج متى كان سابقاً عليه أما إن كان لاحقاً عليه فإنه يعتبر سبباً من أسباب التطليق كما يشترط أيضا أن يكون العجز الجنسي مما لا يرجى شفاؤه وأن يكون العجز جسمياً أي يتحقق ضرر من جرائه لا يمكن أن يطيقه أحد الزوجين .

والعقم ، وهو عد القابلية لإنجاب الأولاد ، وأيا ما كانت صورة العقم فهو يعتبر مانعاً من الزواج عند جميع المسيحيين بلا استثناء .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

لم تجعل الإرادة الرسولية من الأمراض المانعة للـــزواج ســوى العجــز الجنسي لأحد الزوجين ما دام مؤيدا وسابقا على الزواج (م ٥٨) .

(جـ) في شريعة البروتستانت :

لا يعتبر أي مرض مهما بلغت خطورته مانعا للزواج طبقا للمادة ٨٤ مــن قانون الأنجيليين الوطنيين التي أوردت العجز الجنسي فقط كمانع للزواج .

ثانيا : الاختلاف في الدين :

تحرم شرائع الأرثوذكسي والكاثوليك الزواج بيــم مســيحي وآخــر غــير مسيحي والأنجليين يبيحون طلب التطليق إذا خرج أحد الزوجين عن الديــن المسيحــي ، فهم متفقون مع الكاثوليك والأرثوذكسي في هذا الشأن .

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تشترط المادة (٢٤) من مجموعة الأحوال الشخصية لهم ، ضرورة الاتحـاد في المذهب الأرثوذكسي بصرف النظر عن اختلاف الطائفة لإجازة الزواج بين قبطي أرثوذكسي ومسيحي آخر ، فإن لم يتوافر هذا الاتحاد عـد هــذا الزواج باطلا .

ولكن يراعى ان الاختلاف في الدين أو المذهب (الملة) أو الطائفة بيــن الزوجين يجعل علاقتهما محكومة بالشريعة الإسلامية كما تقدم القول ، فـإذا كانت الشريعة الإسلامية تجعل الزواج مــع اختــلاف الديــن أو المذهــب صحيحا فهو صحيح وإن جعلته باطلا فهو بــاطل ، فمثــلا زواج المســلم بقبطية أرثوذكسية صحيح رغم اختلافهما في الدين لأن الإسلام يبيــح زواج المسلم بالكتابية ، ولكن زواج المسلمة بقبطي باطل لأن الإسلام يحرمـــه ،

وأما زواج القبطي بيهودية فصحيح لأن الشريعة الإسلامية تعتبر غير الإسلام من الشرائع السماوية ديناً واحداً .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

يبطل الزواج بسبب الاختلاف في الدين ولا يبطل بسبب الاختلاف في المذهب (الملة) وإن كان هذا الزواج منهياً عنه أشد النهي (م ٦٠) من الإرادة الرسولية ، على أنه من الجائز الإعفاء من مانع الزواج به لأسباب خطيرة وبشروط وإجراءات كثيرة (المواد من ٥٠ - ٥٤) ويلاحظ أن البابا يستطيع أن يعفي من مانع اختلاف الدين بين الزوجين (م ٤/٣٢) .

ولكن هذا السبب للتحريم لن يؤخذ به لنفس الأسباب التي أوضحناها فيما سبق .

(جـ) في شريعة البروتستانت :

لم يذكر قانون الأنجيليين الوطنيين اختلاف الدين أو المذهب كمانع للزواج ، ولذا يمكن القول بأنهم لا يقرون هذا المانع في شريعتهم .

ثالثا : الكهنوت :

والكهنوت هي قطع العهد بخدمة الكنيسة ، والأصل أن الشخص متى قطع على نفسه مثل هذا العهد فقد لزمه أن يخصص وقته كله للوفاء به إلا أن بعض الكنائس لم تتمسك بهذا السبب كمانع من الزواج وهي كنائس الأقباط والسريان والروم الأرثوذكسي بينما منعت كنائس أخرى زواج من يتصف بالكهنوت وهي كنيسة الأرمن والإرادة الرسولية (م ٦٢) من الإرادة الرسولية ، والقصد من ذلك هو تحقيق تفرغهم لخدمة الكنيسة دون مشاغل عائلية .

وأما في شريعة الأنجيليين فإن الكهنوت لا تعتبر من موانع الزواج .

رابعا : الرهبنة :

لا يمكن الجمع بين الرهبنة والزواج :

والرهبنة هي حياة البتولية والعزلة أو هي عهد يقطعه الشخص بأن يعيش كافراً بنفسه فلا يمس امرأة ولا يملك مالاً وينقطع لعبادة الله .

وشرائع الأرثوذكس لم تتفق على رأي فبعضها يرى أن الزواج بعد نذر الترهب يبيحه والرأي الثاني يرى أن يكون حكمه حكم من تزوج امرأتين أي أن يكون زواجه باطلاً .

أما شرائع الكاثوليك ، تفرق بين نوعين من نذر الرهبنة : فإن كان النذر بسيطاً فإن الزواج بعده يكون محرماً وليس باطلاً أما إن كان النذر رسمياً فهو سبب مانع يبطل للزواج الذي يلحقه .

أما شريعة الإنجيليين فقد أخذت بما جاء في الكتاب المقدس من أن الزواج أولى من التحرق - وقال زعيمهم لوثر: بأن حياة الزواج أفضل من حياة العزوبية حتى إنه تزوج من راهبة .

خامسا : الارتباط بزواج قائم :

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

إذا كان هناك زواج صحيح قائم فإن أي المرتبطين به رجلا كان أو امرأة لا يستطيع أن يعقد زواجا جديدا إلا إذا انحل الزواج الأول بالوفاة أو بحكم نهائي بالتطليق ، وذلك لأن تنظيم الزواج في المسيحية يقوم على الوحدانية.

وعليه فإذا كان الزواج الأول باطلاً قانوناً فإن الزواج الثاني يصح وإن لم يصدر حكم ببطلان الزواج الأول ، لأن البطلان يعني عدم وجود الزواج الباطل من الناحية القانونية حتى قبل تقريره بحكم القضاء .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

الارتباط بالزوجية الصحيحة مانع من عقد زواج لاحق ، لأنه يتحقق به تعدد الزوجات ، ولكن إذا كان الزواج الأول باطلاً يقيناً فإنه يصح الزواج الثاني بعد الثبوت اليقيني لبطلان الزواج الأول (م٥٩) من الإرادة الرسولية .

وهذه المادة تشير إلى حق الكاثوليكي الذي يكون متزوجاً بغير مؤمن في أن يبرم زواجاً ثانيا بشخص مؤمن فيكون هذا الزواج الثاني صحيحاً وينحل به الزواج الأول ، بل إن المادة (١٥) من الإرادة الرسولية تجعل الزواج الثاني الوسيلة الوحيدة لحل الزواج الأول .

(جـ) في شريعة البروتستانت :

يؤخذ تحريم الزواج بسبب الارتباط بزوجية قائمة في قانون الإنجيليين الوطنيين من نص المادة السادسة منه الذي يعرف الزواج بأنه : (اقتران رجل واحد بامرأة واحدة اقتراناً شرعياً) ثم لم يتكلم هذا القانون بعد ذلك عن المانع المذكور ، ويمكن أن تطبق نفس أحكام شريعة الأرثوذكس على تحريم الزواج بسبب الزوجية القائمة لدى البروتستانت .

١١٦ ـ سادسا : العدة :

العدة تتعلق بالنظام العام وتقضي القواعد الأساسية في المجتمع بأن تتربص المرأة بعد انتهاء رابطة الزوجية مدة معينة تكفي للقول بعد مضيها بأن الرحم خال من الأجنة .

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

العدة واجبة عندهم تجنباً لاختلاط الأنساب ، ومدة العدة عشرة أشهر ميلادية كاملة ويبدأ حسابها من تاريخ الوفاة أو تاريخ الحكم النهائي بالطلاق أو البطلان ، إلا أن الولادة التالية للوقت الذي يبدأ منه حسابها تؤدي إلى انقضائها كما لأنه لا يجوز تنقيصها أو الإعفاء منها إذا كانت المعاشرة بين الزوجين قد انقطعت وثبت انقطاعها بيقين مدة عشرة أشهر سابقة على الإعفاء (م٢٥) مجموعة سنة ١٩٥٥ .

والنص يجعل الإعفاء للمجلس الملي ، وبإلغاء المجالس الملية ينتقل هذا الحق إلى المحكمة .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

هذه الشريعة لا تعرف انحلال الزواج بالطلاق ، وإن كان ينحل بالوفاة ، ولم تستلزم الإرادة الرسولية العدة بعد الوفاة ، ولكن لما كان استلزام العدة يتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام فإنه يجب تطبيق القواعد التي تنطبق على المسلمين في إيجاب عدة المتوفى عنها زوجها (أربعة أشهر وعشر ليال) على المرأة الكاثوليكية التي يتوفى عنها زوجها .

أما المرأة التي يحكم ببطلان زواجها بعد أن يكون هذا الزواج قد اكتمل أي أتبع بالدخول فتلزمها عدة المطلقة .

(جـ) في شريعة البروتستانت :

لم يورد في قانون الإنجيليين الوطنيين نص على استلزام العدة ، ولذا يجب على المرأة عدة المطلقة أو عدة المتوفى عنها زوجها بحسب الأحوال طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أن العدة من قواعد النظام العام .

المبحث الثالث

القواعد الشكلية للزواج في المسيحية

يعتبر الشكل ثاني الأركان في الزواج عند المسيحيين أو ثاني الشروط الآمره بحيث إذا لم يتوافر انعدم قيام الزواج ، والشكل في الزواج عبارة عن المراسيم الدينية التي يقوم بها علناً رجل من رجال الدين ، ومن ثم عدم فإن القيام بهذه المراسيم يبطل الزواج حتماً عند جميع المسيحيين ولهذا فإن جميع شرائع المسيحية تبطل الزواج المدني الذي يعقد دون تدخل رجال الدين - ومرجع ذلك البطلان للأسباب الآتية :

(١) أن الزواج هو سر مكمنه في الطقوس الدينية فإذا لم تجد هذه الطقوس فلا سر ولا زواج .

(٢) أن رجل الدين هو أكثر الناس معرفة بموانع الزواج وعليه يقع عبء التحقق من عدم توافر هذا المانع وفوق ذلك فإنه يذكر الزوجين بقداسة الزواج .

(٣) أن رجل الدين يقوم بتسجيل الزواج في سجلات الكنيسة .

مظاهر الشكلية :

ويتكون ركن الشكل في الزواج -كقاعدة عامة- في الشرائع المسيحية من أربعة :

الصلاة وقيام رجل الدين بها والشهود ، والعلانية ، وبعض هذه الشرائع لا يقتصر في هذه الشكليات على ما يتم به عقد الزواج أي ما يسمى بمراسيم الزواج .

بل يتطلب إجراءات سابقة على ذلك يرمي بها إلى شهر مشروع الزواج قبل البدء في مراسيمه فعلا ، وعلى ذلك فهناك إجراءات سابقة على الزواج ثم قواعد المراسيم التي ينشأ بها الزواج .

الإجراءات السابقة على الزواج :

أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تستلزم هذه الشريعة شهر مشروع الزواج أي إعلانه والحصول على إذن الرئيس الديني قبل إتمام الزواج :

(١) شهر مشروع الزواج : يجب على الكاهن الذي باشر عقد الخطبة أن يحرر ملخصاً منه في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ حصوله ويعلقه على باب كنيسته ، وأن يرسل نسخة منه إلى كاهن الكنيسة التي يقيم كل من الخاطبين في دائرتها ليعلقه على بابها ، ويبقى الملخص معلقاً قبل الزواج مدة عشرة أيام تشتمل على يومي أحد (م٨) مجموعة الأحوال الشخصية.

فمدة النشر عشرة أيام وهي مدة يمتنع فيها إتمام الزواج فإذا ما انتهت دون ما اعتراض من أحد على الزواج جاز إتمام مراسيمه ، ولكن إذا لم يتم الزواج خلال سنة من تاريخ انقضاء ميعاد العشرة أيام فلا يجوز حصوله إلا بعد تعليق جديد يعمل بالطريقة المتقدم ذكرها (م٩) :

وتجيز المادة ١٠ من مجموعة الأحوال الشخصية للرئيس الديني في الجهة التي حصلت الخطبة في دائرتها أن يعفى من شهر الزواج على الصورة السابقة إذا بررت ذلك أسباب خطيرة ، وعندئذ يمكن إتمام الزواج بغير انتظار مدة النشر .

(٢) الإذن بالزواج : يجب على الكاهن قبل مباشرة عقد الزواج أن يستصدر ترخيصاً بإتمام العقد من الرئيس الديني المختص بعد تقديم محضر الخطبة إليه (م٣١/٣٣) من مجموعة الأقباط ، ويبدو أن استلزام هذا الإذن متصل باعتبار الزواج سراً مقدساً في شريعة الأقباط ، وإن كان يبدو أنه إجراء لا أهمية له من الناحية القانونية فلا يؤدي إغفاله إلى بطلان عقد الزواج .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

تستلزم هذه الشريعة في شهر الزواج قبل إتمام مراسيمه وقد بينت الإرادة الرسولية لنظام سر الزواج قواعد الشهر تفصيلاً في بابها الأول في المواد (١٢) وما بعدها ، ويتم الشهر بإعلان شفوي من الخوري على ثلاث مرات متتالية بين يومي أحد وعيد ، على أن للرئيس الكنسي المحلي أن يستعيض عن الإعلان الشفوي بعرض أسماء طالبي الزواج علانية على أبواب الكنيسة لمدة لا تقل عن ثمانية أيام بشرط أن يتخلل هذه المدة عيدان من الأعياد المفروضة (م ١٢،١٤،١٥) ، ويتم الإعلان في الكنيسة محل إقامة الخطيبين ويجوز إجراؤها أيضا في كنيسة كل مكان أقام فيه أحدهما لمدة ستة أشهر بعد سن البلوغ (م ٢/١٣) .

ولا يجوز إتمام الزواج قبل مرور ثلاثة أيام على آخر مرة من مرات إعلان الزواج ما لم يكن هناك سبب مبرر لإتمامه قبل ذلك (م ١/٢٠) وإذا لم يتم الزواج خلال ستة أشهر وجب تكرار الشهر ما لم ير الرئيس الكنسي المحلي خلاف ذلك (م ٢/٢٠)

ويجوز الإعفاء من إجراء الشهـرمن الرئيس الكنيسي المحلي إذا قام لذلـك سبب مشروع (م ١٨،١٧) ويقصد بالشهر تيسير اعتراض من يعلم مــن الكاثوليك بوجود ما يعوق الزواج (م ١٧) .

(جـ) في شريعة البروتستانت :

لم يستلزم قانون الأنجيليين الوطنيين شهر الزواج قبل إتمام مراسيمه .

إجراءات عقد الزواج :

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

مراسيم الزواج القبطي الأرثوذكسي طقوس دينية يتم بها الإكليل ويحصــل في أثنائها التراضي على الزواج أي يتم معها عقد الزواج بيــن طرفيــه ، وهو الذي يسمى بالأملاك ، وهو يستلزم أيضا تدخلاً بطقوس معينــة مــن رجال الدين .

ومراسم الزواج تستلزم حضور الزوجين شخصياً وحضور أوليائهم ومــن تلزم موافقتهم إذا كان أحد الزوجين قاصراً ، كما تستلزم حضــور ثلاثــة شهود على الأقل ، ويجب على الكاهن أن يتــأكد مــن حصــول رضــاء الزوجين وولي القاصر منهما بالألفاظ الصريحة الدالة على ذلك .
وبعد تحرير العقد يتلى على جمهور الحاضرين بمعرفة الكاهن الذي حـرره ثم يوقع على أصل المحرر وصوره من الكاهن الذي باشــر العقــد ومــن الكاهن الذي قام بــالإكليل إن كــان غـيره (م ٣٢/٣٣ ، ٣٢/٣٤) مــن مجموعة الأحوال الشخصية .

ولقد أصبح تحرير وثائق الزواج محكوماً بالقواعد الخاصة التي تنظم عمـل الموثقين المنتدبين لتحرير وثائق زواج غير المسلمين المتحـــدي الطائفــة

والملة طبقا لأحكام القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ م بتعديل المادة ٣ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق .

وتوجب المادة ٣٦/٣٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس :

على كل قبطي أرثوذكسي تزوج خارج القطر المصري طبقا لقوانين البلد الذي تم فيه .

الزواج في خلال ستة أشهر من تاريخ عودته إلى القطر المصري أن يتقدم إلى الرئيس الديني المختص لإتمام الإجراءات اللازمة طبقاً لقوانين وطقوس الكنسية القبطية الأرثوذكسية .

ويرى البعض أن هذا النص لا يضع على عاتق من يتزوج بالخارج إلا واجباً دينياً لا تؤدي مخالفته إلى المساس بالمعقود صحيحاً بالخارج .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

تتناول المواد من ٨٤ - ٩٦ من الإرادة الرسولية مراسيم الزواج ، ونستطيع أن نحدد بعض ما يتم من إجراءات لعقد الزواج واستخلاصها من هذه النصوص فيجب حضور كل من الزوجين أو من ينوبه عنها إلى الكنيسة أمام الخوري أو الرئيس الكنسي المحلي أو كاهن أذن له من أحدهما بحضور الزوج ، وبحضور شاهدين على الأقل ، ويتم الزواج بسؤال كل من راغبي الزواج عن رضائه بالزواج ، فإذا ما تبادلا الرضاء منحهما الكاهن البركة محافظاً ضد إبرام عقد الزواج على الطقوس والرتب المرسومة في الكتب الطقسية ، ثم يحرر رجل الدين وثيقة مثبتة للزواج في السجل المعد لذلك .

ويصح أن يتم الزواج بدون حضور رجل الدين ، إذا حالت دون الحصول على خورى مشقة جسيمة ، كما في حال خطر الموت العاجل ، وعندئذ

يكتفي بشهادة الشهود كشكل للزواج ، وعلى الشهود واجب العناية بتدوين الزواج في السجلات .

وتوثيق زواج الكاثوليك المتحدي الطائفة يتم الآن بمعرفة الموثقين المنتدبين كما في الحال بالنسبة للأرثوذكس ، ويثبت الزواج بموجب الوثيقة التي يحررها الموثق المنتدب دون تلك التي يتم تحريرها طبقاً للقواعد الطائفية .

ويصح عند الكاثوليك أن يعقد الزواج سراً لسبب جسيم ومحرج للغاية ، أي بأن يبرم عقد الزواج دون الشهر (الإعلان الشفوي) أي السر بحضور كاهن وشهود يلتزمون بكتمان نبأ الزواج ولا يدون هذا الزواج في السجل العادي بل في سجل خاص يحفظ في خزانة الأوراق السرية ، وفي هذا الحال لا يمكن استبعاد الأحكام المرتبطة بتحرير الوثيقة بمعرفة موثق منتدب لإثبات الزواج .

(ج) في شريعة البروتستانت :

يتم الزواج عندهم بالطقوس الدينية للتكليل بالإضافة إلى التراضي بين الزوجين على الزواج بحضور شاهدين (م ١٢) قانون الإنجيليين الوطنيين ، ويلاحظ أن الزواج تحرر به وثيقة بمعرفة الموثق المنتدب لإثباته ، كما هي الحال لدى الأرثوذكس والكاثوليك .

إثبات الزواج :

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

يثبت الزواج بصورة رسمية من عقد الزواج ، فإن ثبت فقد أصل العقد (سجل الكنيسة) أو إتلافه ، يجوز إثبات الزواج بكافة طرق الإثبات بما

في ذلك البينة والقرائن - الحالة الظاهرة - (م ٤١/٤٣) مجموعة الأحوال الشخصية .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

تعتبر الصورة الرسمية من عقد الزواج هي الأصل في إثباته فإذا فقد الذي يدون به العقد أو أتلف ، يجوز إثبات الزواج بكافة طرق الإثبات .

(ج) في شريعة البروتستانت :

يجوز إثبات الزواج بكافة طرق الإثبات ، لخلو نصوص قانون الانجيليين الوطنيين من قواعد إثبات الزواج .

توثيق الزواج وأثره على قواعد الإثبات :

يتولى توثيق عقود الزواج الآن بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين متحدي الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل طبقاً للقانون رقم (٦٢٩) لسنة ١٩٥٥ - المعدل بالمادة ٣ من قانون التوثيق ، أما غير المسلمين الذين لم يتحدوا في الطائفة والملة فإن مكاتب التوثيق هي التي تكون مختصة بتوثيق عقود زواجهم .

ولم يتعرض هذا القانون بصفة عامة لا لشكل زواج غير المسلمين متحدي الطائفة والملة أو لوسيلة إثباته ، فلم يوجب توثيق الزواج ، كما أنه لم يحدد جزاء عدم التوثيق، ولذلك فالتوثيق لا يغني عن الشكل الديني ، ويرجع في تحديد وسائل إثبات الزواج في هذه الحالة إلى القواعد الطائفية التي تعتبر مصدر القواعد الموضوعية لتنظيم الزواج ، فإذا كان الإثبات واجباً بوثيقة رسمية طبقاً للقواعد الطائفية كان المقصود بهذه الوثيقة تلك التي يحررها الموثق المنتدب لا رجل الدين .

ويترتب على ذلك بالنسبة للأقباط الأرثوذكس أن إثبات الــزواج يجــب أن يحصل دائما بصورة الوثيقة التي يحررها الموثق المنتدب سواء أكان ذلــك في حالة إنكار الزواج أو حتى عند عدم إنكاره .

أما بالنسبة للكاثوليك فإن عدم توثيق الزواج بمعرفة الموثق يعني عدم إمكان إثباته أمام القضاء بغير الوثيقة إذا ما كان محل إنكار .

وأما بالنسبة للإنجيليين الوطنيين فإن تنظيم توثيــق الــزواج عندهــم يتــم بمعرفة الموثق المنتدب ، ولكن هذا يعني عد سماع الدعوى بالزواج عنــد الإنكار إن لم يكن موثقاً ، كما هي الحال بالنسبة للكاثوليك .

المبحث الرابع

أثر تخلف الشروط في الزواج

إذا توافرت الشروط الموضوعية للزواج وأفرغ في الشكل الديني قام الزواج صحيحاً وترتبت عليه آثاره ، أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإما أن يقع الزواج باطلاً من أصله وإما أن يكون قابلاً للإبطال ، وإذا ما قضى ببطلانه اعتبر كأن لم يكن ، ومن المفروض تبعاً لذلك أن يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد إلا أن هذه القاعدة إذا طبقت على الزواج فسيترتب عليها نتائج غاية في الخطورة من أجل هذا نجد أن القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة تحصر البطلان في نطاق ضيق فتجعله جزاء بعض الشروط دون البعض الآخر ، كما ترتب آثار البطلان ترتيباً خاصاً حماية للمصالح ذات الصفة المتميزة التي تتأثر بهذا البطلان .

وقد أخذت المجموعات الحديثة لشريعة الأقباط الأرثوذكس في تنظيم جزاء شروط الزواج ، فنظمت الاعتراض على الزواج ، كما وضعت قواعد بطلانه .

وسندرس فيما يلي الاعتراض على الزواج ثم بطلان الزواج :

الاعتراض على الزواج :

أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تناولت مجموعتهم في نصوص المواد ٢٩ ، ٢٨/٣١ - ٣٠ تحديد من يحق لهم الاعتراض وطريقة المنازعة فيه .

ويجب أن يبنى الاعتراض على وجود سبب قانوني يعوق إتمـــام الــزواج كأسباب تحريم الزواج وهي القرابة واختلاف الدين والزوجية القائمة وعـدم انقضاء العدة والمرض والزنا والقتل ، كما يستند الاعتراض على أي سـبب قانوني آخر كعدم بلوغ سن الزواج أو حصول إكراه لأحد الطرفين أو غش في شخصيته أو عدم موافقة الولي على الزواج حيث يلزم ذلـــك ، وعليـــه فأسباب الاعتراض لم تحصرها مجموعة الأقباط الأرثوذكس .

وتوجيه الاعتراض إلى المحكمة يترتب عليه وقف إتمـــام الــزواج حتـــى يقضى بعدم الاعتراض بحكم نهائي والمحكمة تفصل في هذه المسألة علـــى وجه السرعة ، وإذا قضي بعدم قبول الاعتراض يجوز الحكم بــــالتعويض لمصلحة الزوجين ضد من وجهه استنادا إلى سبب غير حقيقي إلا إذا كـــان الاعتراض من أحد الوالدين فيعفى من الحكم عليه بــــالتعويض (م ٨٩١) مرافعات .

وسحب الاعتراض ممن وجهه يترتب عليه إزالـــة مـــانع إتمـــام مراســـيم الزواج.

(ب) في شريعة الكاثوليك :

قضت الإرادة الرسولية بأن الاعتراض على الزواج حق لأي شخص مـــن الأشخاص (م١٧) ، وكنها لا تتضمن نصوصا تتناول تنظيـــم الاعــتراض على الزواج في إجراءاته أو آثاره ، لذلك يتبع في هذا الشأن القواعد التـــي تتضمنها المادة (٨٩١) مرافعات .

(ج) في شريعة البروتستانت :

نظام الاعتراض على الزواج لم ينص عليه قانون الأنجيليين الوطنيين .

الحد من حالات بطلان الزواج :

لا تجعل الشرائع المختلفة بطلان الزواج نتيجة تترتب على مخالفة أي شرط من شروطه ، بل تستلزم أن يكون الشرط الذي يكون جزاؤه البطلان من الأهمية بالنسبة للزواج ، بحيث يبرر تخلفه هذا الجزاء الشديد ، ومن ثم فإنها تستبعد البطلان لتخلف بعض الشروط ، ويظهر ذلك في شرائع المسيحيين المختلفة .

أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

لا ترتب هذه الشريعة بطلان الزواج على إهمال الإجراءات الآتية :

(١) اجراء **الشهر** : لم تتضمن نصوص مجموعة الأقباط الأرثوذكس التي تنظم البطلان حكما خاصا بإهمال شهر الزواج ، ولذا فلا يترتب على عدم الشهر بطلان الزواج ، ما دام هذا الزواج قد استكمل شروطه القانونية الأخرى وبالأخص شروطه الموضوعية ، ولكن يلاحظ أن رجل الدين الذي يتم مراسيم الزواج يجب عليه أن يتأكد من حصول الشهر قبل الزواج، فإن أهمل في ذلك أو عمد إلى إتمام الزواج مع علمه بتخلف الشهر ، يمكن أن يتعرض للجزاءات الإدارية الكنسية .

(٢) عدم **الحصول على إذن الرئيس الديني** : لا يترتب عليه البطلان ، والجزاء عليه هو مسائلة الكاهن تأديبيا دون أن يمس ذلك بصحة الزواج .

(٣) **إغفال بعض إجراءات المراسيم** : وهي الإجراءات التي لا تعتبر جوهرية للتكليل أو التراضي على الزواج ، فطريقة تحرير وثيقة الزواج ، أو قراءتها بعد تحريرها على الحاضرين لا تتعلق بشكل الزواج نفسه ، ولذا لا يتصور أن تكون مخالفة القواعد الخاصة بها مؤدية إلى بطلان الزواج .

(ب) في شريعة الكاثوليك :

تفرق الإرادة الرسولية بين موانع تصفها بأنها محرمة وموانع أخرى تسميها موانع مبطلة ، والموانع المحرمة يصاحبها نهي شديد في عقد الزواج ، ولكن الزواج لا يصبح باطلا إذا عقد مع وجود المانع ، أما المانع المبطل فينهى عن وجود الزواج نهيا شديدا يحول أيضا دون صحة عقده (م ٢٦/٥١ ٢) .

وقد عددت الإرادة الرسولية الموانع المحرمة للزواج وهي التي لا يترتب على مخالفتها البطلان في نصوص بابها الثالث (المواد من ٤٨ - ٥٦) فذكرت من هذه الموانع الترهب الصغير أو البسيط أي نذر العفة دون إتمام الاحتفال الكنسي الخاص بالترهب والقرابة الناشئة عن التبني إذا لم يكن القانون الوضعي يعتبره مبطلا للزواج ، واختلاف الزوجين مذهبا ، وإتمام الزواج أمام رجل دين غير كاثوليكي ، فإتمام الزواج رغم هذه الموانع لا يجعله باطلا .

وقد أضاف الفقه إلى هذه الموانع المخالفات الأخرى التي لا يترتب عليها البطلان وهي :
تخلف شهر الزواج ، أما إتمام الزواج رغم الاعتراض على ذلك وكذا إغفال بعض إجراءات حفل المراسيم وعلى الخصوص إجراءات تحرير الوثيقة المثبتة لإتمام هذه المراسيم .

(ج) في شريعة البروتستانت :

لم ينص قانون الأنجيليين الوطنيين على شروط لا يترتب على مخالفتها البطلان .

حالات بطلان الزواج :

أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

البطلان إما أن يكون مطلقاً أو نسبياً ، والبطـــلان المطلــق يتمســك بــه الزوجان وكل ذي مصلحة في التمسك به دون تفرقة بين أنواع المصـــالح التي يجوز الاستناد إليها في طلبه ، والبطلان النسبي يتقرر لمصلحة أحـــد الزوجين ولا يجوز للآخر التمسك به .

أولا : أحوال البطلان المطلق :

تنص المادة (٤١ / ٤٠) من مجموعة الأحوال الشخصية على أن الــزواج يكون باطلاً ولو رضى به الزوجان أو أذن به ولي القاصر ، وأنـــه يكــون للزوجين وكل ذي شأن حق الطعن به في الأحوال الآتية :

(١) إذا لم تباشر فيه طقوس الإكليل .

(٢) في حالة بلوغ سن الزواج (ولا يجوز الطعن في الزواج بعد مضـــي شهر من وقت بلوغ الزوج أو الزوجين السن القانونية أو إذا حملت الزوجة ولو قبل بلوغ السن) .

(٣) إذا تم بين أقارب يحرم الزواج بينهم .

(٤) إذا أبرم بين مختلفي المذهب أو الدين (ويلاحظ أن اختلاف الديـــن لا يؤدي إلى بطلان الزواج طبقاً للشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق في هـــذه الحال).

(٥) إذا كان أحد الزوجين مرتبطاً بزوجية قائمة .

(٦) إذا عقد أثناء العدة .

(٧) إذا كان بأحد الزوجين عجزاً أو جنون أو مرض مانع للزواج .

وقد أضاف الفقه إلي هذه الحالات حالات أخرى هي :

(١) إبرام من يطلق لعلة الزنا زواجا قبل تصريح الرئيس الديني .

(٢) زواج القاتل بزوج القتيل .

(٣) انعدام الرضاء بسبب التنويم والإيحاء أو السكر الذي يفقد الإدراك .

ثانيا : **أحوال البطلان النسبي** :

أوضحت مجموعة الأحوال الشخصية حالات البطلان النسبي ، ومن له التمسك به ، وصور إجازة الزواج الباطل نسبيا ، والمدد التي يسقط بها حق التمسك بالبطلان في المواد ٣٧ - ٣٦/٤٠ - ٣٩ ، ويعتبر الزواج باطلا بطلانا نسبيا طبقا لهذه المواد إذا كان رضاء أحد الزوجين معيبا بإكراه أو غلط في الشخص أو غش ، وكذلك إذا تزوج القاصر بغير إذن وليه .

فإذا كان رضاء أحد الزوجين معيبا كان له أن يطعن في الزواج بالبطلان وهو وحده الذي يملك هذا الحق ، فلا يثبت لغيره ولا ينتقل إلى ورثته لأنه من الحقوق اللصيقة بالشخصية .

ويلزم أن ترفع دعوى البطلان خلال شهر من الوقت الذي يزول فيه الإكراه أو الوقت الذي يعلم فيه بالغلط أو بالغش (غش في البكارة أو الحمل) ، ويلزم أيضا ألا تكون قد حدثت معاشرة جنسية بين الطرفين منذ الوقت الذي زال في الإكراه أو تكشفت فيه الأمور .

أما في حالة عقد زواج القاصر بدون إذن وليه فلا يجوز الطعن إلا من الولي أو القاصر ، ولا تقبل الدعوى من الزوج ولا من الولي متى كان الولي قد أقر الزواج أو كان قد مضى شهر على علمه بالزواج ، ولا تقبل

الدعوى من الزوج بعد مضي شهر من بلوغه سن الرشد وفي هذه الحالة يسقط حقه هو في الطعن بالبطلان دون حق الولي .

(ب) البطلان في شريعة الكاثوليك :

يكون الزواج باطلا طبقا لنصوص الإرادة الرسولية : إذا كانت سن الزوجين أو أحدهما اقل من السن القانونية ، ولم يصدر إعفاء من مانع السن (م ٥٧) وكذلك إذا كان أحد الزوجين مصابا بالعجز الجنسي (م ٥٨) أو إذا لم يتوافر رضاء كل من الزوجين بالزواج (م ٧٢) أو إذا تم الزواج بالإكراه (م ٧٨) ويفترض الإكراه في حالة الخطف (م ٢٤) أو إذا كان إتمام الزواج بسبب غلط عند الزوجين في شخص الآخر (م ٧٤) وكذلك إذا قامت بين الزوجين قرابة محرمة (م ٦٦ - ٧١) والزواج الذي يعقد مع الارتباط بزوجية قائمة (م ٥٩) والذي يحرم بسبب الزنا والقتل (م ٦٥) أو الدرجة الكنسية الكبرى (م ٦٢) أو الرهبنة (م ٦٢).

كما يكون الزواج باطلا إذا لم يعقد أمام رجل الدين ، وأمام شاهدين على الأقل (م ٨٥) في غير الحالات التي يجوز فيها عقده بغير حضور رجل الدين (م ٨٩) .

ونظمت الإرادة الرسولية في المواد من ١٢٢ - ١٣٠ " تصحيح الزواج " الذي يقع باطلا ولا يكون التصحيح ذا أثر رجعي إلا بقرار من الكرسي الرسولي (م ١٣٠) ، وذلك بشرط أن يكون رضاء كل من الفريقين بالزواج كافيا ولكن الزواج غير نافذ شرعا بسبب مانع مبطل صادر عن المشرع الكنسي أو بسبب نقصان صيغة الزواج الشرعية (م ١٢٨) .

وعلى ذلك فنقصان الرضاء بالزواج للإكراه أو الغلط لا يسمح بتصحيحه من الأصل (م ١٢٩) بل يجب صدور رضاء جديد ممن كان رضاؤه معيبا ، وحينئذ يكون التصحيح من وقت إبداء الرضاء الجديد (المادتان ١٢٥ ، ٢/١٢٩) بشرط أن يستمر الفريق الآخر على الرضا الذي أبداه.

(ج) في شريعة البروتستانت :

وعند الانجيليين الوطنيين يكون الزواج باطلا إذا تم مع الارتباط بزوجية قائمة (م ٦) وإذا عقد بين أقارب يحرم الزواج بينهم (م ٧) وبسبب العجز الجنسي (م ٨) وعدم بلوغ سن الزواج (م ٠) وإذا لم تتم فيه إجراءات التكليل (م ١٢) وإذا كان الزوجان أو أحدهما عديم الإرادة (م ٩) ، وقد أضاف الفقه إلى ذلك أن الزواج يكون باطلا بسبب الغلط أو الإكراه رغم عدم النص عليهما .

ولا يتضمن قانون الإنجيليين أية قواعد لتحديد من يتمسك بالبطلان أو سقوط الحق في طلبه ، ولذا يمكن تطبيق القواعد التي أخذت بها شريعة الأقباط الكاثوليك باعتبارها الشريعة العامة للبروتستانت .

المبحث الخامس

أحكام بطلان الزواج

تصحيح البطلان وعدم رجعيته :

رأينا فيما سبق الوسائل المختلفة التي لجأت إليها الشرائع الطائفية لحصر أسباب بطلان الزواج في أضيق نطاق ، نظرا للآثار الخطيرة التي تترتب على البطلان ، ومن شأن هذا الحصر أنه يترتب عليه قلة الحالات التي يقضى فيها ببطلان الزواج ، ولكن إذا توافر سبب من أسباب البطلان وقضي به ، فإن القاعدة أن الحكم بالبطلان يزيل كل أثر لهذا الزواج بالنسبة للماضي والمستقبل بحيث يعتبر هذا الزواج كأن لم يكن ويستطيع كل شخص أن يتمسك به .

ويترتب على الحكم بالبطلان أن تعتبر العلاقة بين الزوجين في الفترة السابقة على الحكم علاقة غير مشروعة ، وبالتالي يعتبر الأولاد الناتجين من هذا الزواج أولاداً غير شرعيين ، كما يترتب على الأثر الرجعي للبطلان أن يرد كل من الزوجين للآخر ما أخذه منه بهذه الصفة ، فإذا كان أحد الزوجين قد توفى قبل الحكم بالبطلان وورثه الآخر فإن على الأخير أن يرد إلى ورثة المتوفى ما أخذه من الميراث [1].

ولكن بعض الشرائع الطائفية لم تطبق هذه الآثار على إطلاقها بل لجأت إلى الحد منها بوسائل مختلفة ، فبعض هذه الشرائع يجيز تصحيح الزواج والبعض الآخر منها يستند إلى حسن نية الزوجين أو أحدهما ، ورتب على ذلك أن الحكم بالبطلان لا يكون له أثر رجعي ، وهذا الحكم هو ما يترتب على الزواج الظني ونخصص لكل من تصحيح الزواج ، والزواج الظني مطلباً .

---

(١) د. عبد الودود يحيى ص ٢٢٥ ، د. توفيق فرج – فقرة ١٣٤ .

المطلب الأول

الزواج الظني

التعريف بالزواج الظني :

الزواج الظني هو زواج توافر في شأنه سبب من أسباب البطـــلان وكـــان الأصل فيه يقضي بأنه متى تقرر بطلانه اعتبر غير موجود في المـــاضي والمستقبل على السواء ، ورغم أن الزواج الظني زواج باطل إلا أن آثـــار هذا البطلان-ونظراً لحسن نية الزوجيـــن أو أحدهمـــا-لا تنصـــرف إلـــى الماضي، بل تكون بالنسبة للمستقبل فقط ، ويترتب علـــى ذلـــك أن ينتـــج الزواج الظني كل الآثار التي تترتب على الزواج الصحيح في الفـــترة مـــا بين إبرامه والحكم ببطلانه .

وقد نشأت فكرة الزواج الظني في القانون الكنسي ، ثم أخذتها التشـــريعات الوضعية المختلفة لكي تحد من الآثار التي يؤدي إليها بطلان الزواج ، ذلك أن منطق البطلان يقضي بأن الحكم به يترتب عليه اعتبار الزواج كأن لـــم يكن ، ومن ثم تزول كل الآثار التي ترتبت على هذا الزواج منذ إبرامـــه ، وهذه نتيجة رفضت الشرائع الأخذ بها إذا كـــان الزوجـــان أو أحدهمـــا لا يعلمان بالسبب الذي أدى إلى بطلان الزواج ، ويمكن إبراز فكرته وموقـــف الشرائع الطائفية منه فيما يلي :

- الزواج الظني في الشرائع المسيحية :

أ) عند الأقباط الأرثوذكس :

أخذت شريعة الأقباط الأرثوذكس بفكرة الزواج الظني لكي تحـــدد الأثـــر الرجعي لبطلان الزواج ، وقد نصت على هذا المادة ٤٢ من مجموعة سـنة ١٩٥٥ ، حيث جاء فيها : " الزواج الذي حكم ببطلانه يترتب عليه مع ذلك

آثاره القانونية بالنسبة للزوجين وذريتهما إذا ثبت أن كليهما حسن النيـــة " ، أي كان يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذي يشوب العقد .

أما إذا لم يتوافر حسن النية إلا من جانب أحد الزوجين دون الآخر فالزواج لا تترتب آثاره إلا بالنسبة لهذا الزوج والأولاد المرزوقين لـــه مـــن ذلـك الزواج ، وهذا النص يبين شروط الزواج الظني وآثاره .

شروط الزواج الظني :

يجب لكي نكون بصدد زواج ظني أن يتوافر شرطان :

أولهما : وجود مظهر قانوني للزواج .

وثانيهما : حسن نية الزوجين أو أحدهما .

أولا : يجب أن يتوافر المظهر القانوني للزواج ، فإذا تخلف هذا المظهر كان الزواج منعدماً ، ولا يمكن القول بوجود زواج ظنـــي وذلـــك مثـــل اتحـــاد الزوجين في الجنسين ، أو أن يتم الزواج دون استيفاء الشكل المطلـــوب ، ففي مثل هذه الحالات يكون الزواج منعدماً ولا يمكن اعتباره ظنياً .

ثانيا : يجب أن يتوافر حسن نية الزوجين أو أحدهما ، ويقصد بحسن النيـــة هنا الجهل بسبب البطلان ، بأن يكون الزوجان أو أحدهما يعتقـــدان وقـــت إبرام الزواج أن زواجهما صحيح ، ويستوي أن يكون الجهل بسبب البطلان لغلط في الواقع ، كما لو تزوج شخص إحدى قريباته المحرمات وهو يجـهل أنها قريبة له ، أم يغلط في القانون كما لو تزوج الشخص قريبـــة لـــه مـــن الدرجة الثالثة وهو يجهل أن القرابة من هذه الدرجـــة تعتـــبر مانعـــاً مـــن الزواج.

والعبرة في اعتبار الزواج ظنياً بتوافر حسن النية وقت إبرامه فإذا توافـــر هذا الشرط وقت إتمام الزواج ، ثم زال بعد ذلك لعلـــم الزوجيـــن بســـبب

البطلان فلا أثر لهذا الزواج الظني ، بمعنى أن آثار الزواج الظني تـــترتب أيضا في الفترة بين العلم بسبب البطلان والحكم به ، ويجـــب أن يتمســك بالبطلان من له مصلحة في ذلك من الزوجين .

آثار الزواج الظني :

يترتب على اعتبار الزواج ظنياً أن آثار البطلان لا ترجع إلى الماضي بــل تنصرف إلى المستقبل فقط ، ويعتبر الزواج في الفترة مــا بيــن إبرامــه والحكم به ببطلانه صحيحاً ، إلا أن الفقرة الثانيـــة مــن المـادة ٤٢ مــن مجموعة سنة ١٩٥٥ تفرق بين حسن نية الزوجين معـــا ، وحســن نيــة أحدهما فقط ، فإذا كان الزوجان حسنى النية أنتج الزواج آثاره كما لو كــان زواجاً صحيحاً في الفترة ما بين إبرامه والحكم ببطلانه ، ويـــترتب علــى ذلك مشروعية العلاقة بين الزوجين في هذه الفـــترة ، وأن الأولاد الذيــن يأتون من تلك العلاقة يعتبرون أولاداً شرعيين ، وإذا توفى أحد الزوجيـــن وورث الزوج الآخر قبل الحكم بالبطلان فلا يتأثر هذا المـــيراث بـالحكم الذي يصدر بعد ذلك .

وإذا لم يتوافر حسن النية إلا لدى أحد الزوجين فقط فإن آثار الزواج الظني لا تترتب إلا بالنسبة لهذا الزوج حسن النية ومعه الأولاد فإذا توفى الــزوج سيئ النية وورثه الزوج الآخر ثم قضي بالبطلان ، فلا أثر لهذا البطـــلان على حق الزوج حسن النية في الميراث وعلى العكس إذا كان الزوج الـــذي توفى حسن النية وورثه سيئ النية ثم قضي بالبطلان فإنه يلزم الزوج سـيئ النية برد ما أخذه من ميراث إلى ورثة الزوج حســن النيــة ، لأن الحكــم بالبطلان يزيل آثار الزواج بالنسبة له ، وتترتب مثل هذه الآثار في علاقـــة الزوجين بالأولاد ، بمعنى أن الزوج حسن النية هو الذي يـــرث أولاده إذا ماتوا قبله .

وسواء كان الزوجان حسني النية أم كان حسن النية قد توافر لدى أحدهما فقط ، فإن علاقة الأولاد بوالديهم لا تتأثر إطلاقاً بهذا إذ أن الأولاد يعتبرون شرعيين في كلتا الحالتين ، ولهم الحق في أن يرثوا كلا من والديهم حتى سيئ النية منهما .

(ب) وفي شريعة الكاثوليك :

تأخذ شريعة الكاثوليك بفكرة الزواج الظني ، وتسمى الإرادة الرسولية الزواج الظني زواجاً "موهماً" وهو كما تقول المادة ٤ الزواج الذي يعقد أمام الكنيسة بضمير سليم أقله أحد الفريقين إلى أن يتحقق كلا الفريقين بطلانه ، والأولاد الذين يولدون من هذا الزواج يعتبرون أولاداً شرعيين (المادتين ١٠٣ ، ١٠٥) من الإرادة الرسولية .

وبناء على هذا يمكن القول أن شريعة الكاثوليك تأخذ بفكرة الزواج الظني بنفس الشروط التي سبق عرضها في شريعة الأقباط الأرثوذكس ، وأن الآثار التي تترتب عليه هي نفس الآثار السابقة .

(جـ) أما شريعة الإنجيليين الوطنيين :

فلم يرد فيها ما يدل على أنها تأخذ بفكرة الزواج الظني ومن ثم بطلان الزواج في هذه الشريعة يزيل كل الآثار المترتبة عليه ما بين انعقاده والحكم ببطلانه .

الزواج الظني في شرائع اليهود :

لا تعرف الشرائع اليهودية فكرة الزواج الظني ولا يوجد في المؤلفات الخاصة بهذه الشرائع ما يفيد الأثر الرجعي للبطلان إذا كان الزوجان أو أحدهما حسنى النية ، ولذلك فالحكم ببطلان الزواج عند اليهود يترتب عليه اعتبار الزواج كأن لم يكن فتعتبر الآثار في الفترة ما بين انعقاده والحكم ببطلانه قد نشأت في ظل علاقة غير مشروعة .

المطلب الثاني
تصحيح الزواج

تصحيح الزواج : هو إجراء يتبع فيترتب عليه أن يصبح الزواج الباطل صـــحيحاً ، وهذا التصحيح قد يكون بسيطاً ، فيترتب عليه أثره من وقت إجــراء التصحيح دون أن يكون له أثر رجعي ، وقد يكون هذا التصحيح مـــن الأصـــل ، أي يكـــون له أثر رجعي ، فيعتبر الزواج به صحيحاً منذ إبـــرامه ولـــم يرد في الشرائع الطائفية تنظيم لتصحيح الزواج إلا فـــي شـــريعة الكاثوليك ، فقد تضمنـــت الإرادة الرسولية ما يبيـــن بالتفصيل التصحيح البسيط في المواد من ١٢٢ – ١٢٦ والتصحيح من الأصل في المـــواد مـــن ١٢٧ – ١٣٠ ، وهـــذه الشـــريعة هي التي تعتبر مصدراً لتصـــحيح الـــزواج وهـــي التـــي تنصرف إليها أحكامه ، ونبين نوعى التصحيح فيما يلي :

أولاً : التصحيح البسيط :

لقـــد نظمـــت الإرادة الرسوليـــة التصحيـــح البسيـــط في المواد بين ١٢٢ – ١٢٦ ، وهـــي تفـــرق في أحكامه بين ما إذا كان سبب البطلان مانعاً من الموانع المبطلة ، أو كان سببه تخلف الرضا ، أو تخلف الشكل الديني المطلوب .

(١) **البطلان سبب وجود المانع** :

إذا كـــان ســـبب البطـــلان وجـــود مانع من موانع الزواج ، فقد تطلبت المادة ٢٢١ من الإرادة الرسولية لتصحيح الزواج من هذا السبب للبطلان توافر شرطين :

أولهما : أن يزول المانع و يصدر إعفاء منه .

ثانيهما : أن يحدد الطرف الذي يعلم بوجود المانع رضاه بالزواج ، وفي هـذه الحالة يكون تجديد الرضا بالزواج واجباً لتصحيحه ، حتى ولو كان الفـريقان قد أبديا رضاهما بالزواج في البداية ولم يرجعا عنه فيما بعد ، والتجديد يجب أن يكون عملاً جديداً للإرادة يقصد به التزوج [1].

وهناك فرق بين المانع العلني الظاهر والمستقر الخفي حددته المادة ١٢٤ مـن الإرادة الرسولية ، فإذا كان المانع علنيا ، فيجب أن يجدد الطرفان رضاهما بالصيغة المقررة شرعاً ، وإذا كان المانع خفياً ويعلم به كل من الطرفين ، فيجب أن يحددا رضاهما في السر دون الصيغة المقررة شرعاً، وأما إذا كان السبب خفياً ولا يعلم به سوى أحد الزوجين فيكفي أن يجدد رضـاه في السر من يعلم بوجود المانع ، بشرط أن يستمر الطرف الآخر على الرضا الذي كان قد أبداه .

(٢) **البطلان بسبب نقص الرضا** :

وإذا كان البطلان بسبب نقص الرضا ، فيجب لتصحيح الزواج أن يرضى بـه الطـرف الذي كان رضاه قد تخلف ، بشرط أن يستمر الزوج الآخر علـى الرضا الذي كان قد صدر منه [2]، وقد يكون تخلف الرضا بالزواج رهين الإرادة (الباطنة) وحدها ، كما لو كان أحد الزوجين قد أظهر رضاه بالـزواج ، فـي حين أن إرادته الحقيقية لم تكن كذلك ، وفي هذه الحالة يكفـي لتصـحيح الزواج موافقة الإرادة الباطنة لظاهر الرضا الذي أبداه صـاحبه [3] ، وأمـا إذا كان نقصان الرضا خارجيا يتعلق بمظاهر الرضا المعهـودة دون موافقـة الإرادة الباطنة ، فإن التصحيح يجب أن يتم في

---

(١) مادة ١٢٣ ، وراجع : د. عبد الودود يحي – السابق – ص ٢١٦ .

(٢) مادة ١/١٢٥.

(٣) نفس المادة / ٢ .

إطـــار الرضا الخارجي ، ويكون ذلك بالصيغة المقررة شرعاً ، وإن كان النقصان علنيا ، أو بأي صيغة أخرى إذا كان النقصان خفياً [١].

(٣) **البطلان بسبب تخلف الشكل الديني** :

إذا كـــان البطلان بسبب تخلف الشكل الديني ، فإنه يجب أن يتم عقد الزواج مرة ثانية يراعى فيها استيفاء الشكل الديني المطلوب [٢].

ثانياً : التصحيح من الأصل :

يفترض التصحيح من الأصل ، أن بطلان الزواج يرجع إلى تخلف الشكل الدينـــي ، أو إلى وجود مانع ، أما إذا كان البطلان لتخلف الرضا ، فإن الزواج في هذه الحالة لا يمكن تصحيحه من الأصل ، وقد نصت على هذا المـــادة (١/١٣٧) مـــن الإرادة الرســـولية بقولهـــا : " كل زواج يبزمه الفـــريقان برضا كاف من ذات طبعه ، لكنه غير نافذ شرعاً بسبب مانع مـــبطل صـــادر عـــن الشـــرع الكنسي ، أو بسبب نقصان صيغة الزواج الشـــرعية ، يمكـــن أن يصـــحح مـــن أصله شرط أن يستمر الرضا " ، وأضافت الفقرة (١) من المادة (١٢٩) أنه : " إذا نقص رضا الفريقين أو أحدهمـــا ، لا يمكن أن يصحح الزواج من أصله ، سواء نقص الرضا منذ البداءة ، أم أعطى في البداءة ثم رجع عنه " .

وكما يبدو فإنه يشترط لوقوع التصحيح أن يكون سبب بطلان الزواج قد زال أو أعفى منه ، ومن المعلوم أن سبب البطلان إما أن يكون متمثلاً في تخلـــف الشكل الديني أو وجود مانع ، ويلاحظ أن الكنيسة لا تصحح من الأصـــل الزواج الذي عقد مع وجود مانع صادر الحق الطبيعي أو الإلهي حتى ولو زال المانع فيما بعد [٣].

---

[١] نفس المادة / ٣ .

[٢] المادة ١٢٦.

[٣] مادة ٢/١٨٢ ، وراجع : د. عبد الودود يحي – السابق – ص ٢١٨.

فإذا زال المانع أو أعفى منه صحح الزواج دون حاجة لتجديد الرضا به ، ولا ينـــتج التصـــحيح أثره من يوم إبرامه فقط ، بل ينسحب إلى الماضي فيعتبر الزواج قد تم صحيحاً بأثر رجعي منذ عقده ، ويترتب على ذلك أن الأولاد الذيـــن نـــتجوا عن هذا الزواج يعتبرون أولاداً شرعيين حتى ولو كان الزوجـــان أو أحـــدهما قـــد توفى قبل ذلك [1]، وذلك ما تفيده المادة (٢/١٢٧) من الإرادة الرسولية بقولها : " التصحيح يتم منذ حين إعطاء المنحة ، أما الرجوع بالمفاعيل إلى الزمن الماضى ، فيعتبر أنه بلغ حتى بدء الزواج ، ما لم يستدرك ذلك صريحاً " .

وأمـــا إذا كان الزواج باطلاً لتخلف الرضا ، فلا يمكن تصحيح الزواج من أصله ، وتخلف الرضا قد يكون منذ البداية ، ويكون ذلك في حالة ما إذا لـــم يصـــدر الطرفان أو أحدهما رضاه رضا حقيقياً بالزواج ، وقد يوجد الرضـــا بالـــزواج ، ثـــم يتخلف بعد ذلك ، بأن يعدل عنه بعد صدوره ، والحكـــم في الحالتين واحد ، يتمثل في أن هذا الزواج لا يمكن تصحيحه مـــن الأصل ، أما إذا تخلف الرضا في أول الأمر ، ثم أنشئ فيما بعد في ظـــلال الحياة الزوجية المشتركة ، فإنه يمكن تصحيحه من الأصل ، لكن أثـــر التصحيح لا يترتب إلا من الوقت الذي صدر فيه الرضا ، وفي هذا تـــنص المادة (٢/١٢٩) من الإرادة الرسولية بقولها : " إذا نقص الرضا فـــي البداءة ، ثم أبدى بعدئذ ، فيمكن منع تصحيح الزواج من أصله منذ حين إبداء الرضا " .

سلطة تصحيح الزواج من الأصل :

وقـــد نصت المادة (١٣٠) من الإرادة الرسولية على أن تصحيح الزواج من الأصل لا يمكن أن يتم إلا بواسطة الكرسى الرسولى وحـــده ، وليس مـــا دونـــه ، اللهم إلا إذا كان سبب بطلان الزواج : " نقصان في صيغة

---

[1] د. عبد الودود يحي – المرجع نفسه – حاشية (١) .

عقـــده " ، فإن للبطريرك أن يمنح تصحيح الزواج من الأصل ، ومثله كل مانع يستطيع أن يفسخ منه ، فيجوز له أن يمنحه ويسرى تصحيحه من أصل عقد الزواج .

تصحيح الزواج في الشرائع الأخرى :

ومما تجدر الإشارة إليه أن تصحيح الزواج – وكما سبق القول – لم يحظ بتنظـــيم تفصـــيلي إلا في شريعة الكاثوليك ، وذلك وفقاً لما انطوت عليه الإرادة الرسولية من تنظيمه على نحو ما سلف ، حتى ساد فهم راجح أن مـــثل هذا التصحيح لا يوجد إلا بها ، وأن النصوص المنظمة له بالإرادة الرســـولية تعتبر هي الأصل في تشريع أحكامه ، بيد أن هذا لا يمنع من القـــول بأن شريعة الأقباط الأرثوذكس تعرف تصحيح الزواج ، في المادة (٤٢) من مجموعة ١٩٣٨ ، التي تنص على أنه : " إذا عقد الزواج بين زوجيـــن لم يبلغ أحدهما أو كلاهما سن الزواج ، فلا يجوز الطعن فيه إذا كـــان قد مضى شهر من وقت بلوغ الزوج أو الزوجين السن القانونية ، وإذا حملـــت الـــزوجة ولو قبل انقضاء هذا الأجل " ، كما نصت الخلاصة القانونـــية علـــى أن الموانع إن كانت مما يمنع الزواج من قبل ولكن لا يوجـــب فسخه إذا اتفق حصوله ، وهو مجرد عدم البلوغ والرضا إكراها بحيـــث يكـــون مـــن اقترنا على أي من هاتين الحالتين قد اتفقا فيما بعد وامتزجا " [1].

وهـــذا وإن كـــان يعد تصحيحاً للزواج ، إلا أن جانباً من الفقه يعتبر تلك النصـــوص إجازة للزواج الباطل أو بياناً لأثر مضى المدة عليه ، ومن ثم لا تـــتعلق بتصـــحيح الـــزواج ، وهـــو اعتباربنقضه وضوح النص في التصحيح .

---

[1] المسألة ١٧ – ص ١٤ ، وراجع : د. توفيق فرج – السابق – فقرة ١٣٥ ، د. أحمد سلامة فقرة ٢٩٦ .

الباب الثالث
آثار الزواج

إذا تم الزواج وفقاً للشروط السابقة ، فإنه تترتب عليه آثاره في علاقة كل من الزوجين بالآخر ، وعلاقتهما بالأولاد الذين يولدون من هذا الزواج .

والآثار التي تترتب على الزواج تخضع لتنظيم آمر من المشرع لا يسمح للزوجين بأن يعدلا في ذلك التنظيم بإرادتهما ، فدور الإرادة في الزواج يقتصر على الرضا به ، أما ما يترتب بعد ذلك من آثار ، فإن الشرائع الطائفية تستقل بتحديدها الأمر الذي يجعل الإرادة سبباً جعلياً تترتب عليه الآثار بقوة القانون ، وليس بتكوين الإرادة ولا بتوجيهها ، وهذا ما تدل عليه عبارة : الزواج نظام قانوني ، لأن عقده تنشئه الإرادة ، بينما الآثار تترتب جعلاً بقوة القانون بناء عليها ، وفي خصوص العلاقة بين الزوجين، فإن النظام القانوني للزواج يرتب لكل من الزوجين حقوقاً قبل الآخر ، كما أن هناك حقوقاً تترتب على الزواج في حالة انتهائه بأقرب الأجلين وهما الوفاة أو التطليق .

الفصل الأول

الحقوق المقررة لكل من الزوجين

المبحث الأول

حقوق الزوجين في الشرائع المسيحية

الزواج لا يؤثر على الحقوق المالية لكل من الزوجين :

مما هو مقرر لدى الشرائع المسيحية أن الزواج لا يترتب عليه اختلاط الحقوق المالية للزوجين بل يبقى لكل منهما ملكه الخاص وثروته التي يملكها أن وجدت ، كما تبقى له ذمته المستقلة التي يستطيع بها أن يتصوف على نحو تام يمكن أن يترتب عليه إفقار تلك الذمة أو إبراؤها . ولا يختلف هذا الوضع قبل الزواج عنه بعده ، ومن ثم تبقى للزوجة حرية التصرف في أموالها ، كما كانت قبل الزواج ، ولا يترتب على الزواج آثار مالية على نحو ما هو يتبع في الشرائع الغربية ، وقد جاء في الخلاصة القانونية ما نصه : " أنه مع كونهما يصيران بالزواج شخصاً واحداً إلا أن أموال كل منهما مختصة بشخصه دون الآخر إذ الاختلاط الزواجي لا يوجب اختلاط الحقوق " .

وعل هذا فإن الزواج لا يجب عليه مهر الزوجية ، وهذا الحكم على خلاف ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أن المهر يعتبر من آثار العقد التي يجب للمرأة حتى ولو لم يتم الاتفاق عليها ، فإذا عقد عليها ولم يذكر لها مهراً أو يتفق فيها عليه ، فإنه يجب لها مهر المثل ورغم أن المهر لا يجب

على الزوج في شرائع غير المسلمين ، إلا أن الأحكام المتعلقة بذلك ليست آمرة ، ومن ثم يجوز أن يتفق الزوجان عليه ، وفي هذه الحالة يتقرر المهر بالاتفاق ويكون وجوبه بالإرادة لا بالنص [1] .

الزواج والحقوق غير المالية لكل من الزوجين :

وأما الالتزامات غير المالية فإنها تلك التي تقع على عاتق كل من الزوجين بقصد تحقيق الغايات المرجوة من الزواج ، وفي تنظيم تلك الآثار لا تختلف الشرائع المسيحية حول إثبات القوامة على الأسرة للرجل ، وإن كانت تسميها رئاسة الأسرة ، وبمقتضى تلك الرئاسة يكون الزوج مسئولاً عنها ، وهذه الالتزامات تتمثل في الالتزام بالمساكنة ، والالتزام بالإخلاص، والالتزام بالإنفاق ، والالتزام بالعون والمساعدة ، وينبغي بيان مضمون تلك الالتزامات .

أولاً : الالتزام بالمساكنة :

لا يتصور قيام الزواج إلا بمساكنة كل من الزوجين للآخر ، وهي تعني المعيشة المشتركة بين الزوجين تحت سقف واحد ، وبين حوائط أربع ، ولا يمكن تصور قيام الزواج على النحو الصحيح أو لتحقيق الغاية منه بدون تلك المعيشة المشتركة ، ومن ثم كان الالتزام بها مما لا تختلف فيه جميع الطوائف المسيحية ، ورغم أن مجموعات بعض تلك الطوائف لم تعن بوضع تنظيم لها ، أو تحديد مضمون لهذا الالتزام .

---

(1) د. عبد الودود يحيى – أحكام قانون الأسرة – لغير المسلمين من المصريين – ص ٢٢٥ . د. جميل الشرقاوي – السابق – فقرة ٦٧ ، د. توفيق فرج – السابق – فقرة ١٣٩ .

في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تنص المادة (٤٥) من مجموعة سنة ١٩٥٥ على أنه : " يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها ، وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه في أي محل لائق يختاره لإقامته " ، كما نصت المادة (١٤٤) من نفس المجموعة على أنه يجب على الزوج أن يسكن معه زوجته .

ويبدو من هذين النصين : أن واجب توفير المسكن يقع على عاتق الزوج ، وهذا أمر طبيعي على أساس أنه هو رئيس الأسرة والمسئول عن رعايتها، ولا شك أن من أهم وسائل رعاية الأسرة هو توفير المسكن الذي يضم أفراد تلك الأسرة ويحمى خصوصيات حياتهم ، واختيار الزوج لهذا المسكن ليس حقاً مطلقاً ، وإنما هو - وكما يبدو من مضمون المادة (٤٥) - مقيد بأن يقع اختياره للمسكن الملائم ، أو كما قالت المادة (أي محل لائق) ، وهذا التعبير يعطي مرونة في التطبيق يمكن أن تواجه الظروف المختلفة لكل أسرة ومدى ما تتمتع به من ثراء أو مركز اجتماعي، فلكل بيئة ما يلائمها ، ولكل مستوى ما يليق به ، ومع ذلك ، فإن ذلك التقييد في اختيار المسكن بأن يكون ملائماً لن يكون ذو اعتبار إذا ما رضيت به الزوجة ، ولهذا فإن مسألة ملاءمة المسكن أو عدم ملاءمته لن تثور إلا إذا اعترضت الزوجة عليه ، ويدخل في تقدير الملاءمة ، الحي الذي يقع به المسكن ، والمستوى الذي تم تشييده به ، والمراكز الأدبية للقاطنين فيه ، ويبقى للقاضي تقييم مدى حق الزوجة في الاعتراض على ملاءمة مسكن الزوجية أو عدم ملاءمته .

وقد نصت المادة (١٤٤) سالفة الذكر ، على أنه يجب على الزوج أن يسكن معه زوجته في مسكن مستقل يتناسب مع حالة الزوجين ولا تجبر الزوجة على إسكان أحد معها من أهل زوجها ، سوى أولاده من غيرها.."

وعلى هذا فإنه يشترط في مسكن الزوجية ما يلي :

(١) أن يكون المسكن ملائماً لمستوى الزوجين الاجتماعي وقد سبق بيان مفهوم تلك الملاءمة وأساس تقديرها .

(٢) أن يكون المسكن مستقلا ؛ واستقلال المسكن يعني انفراد الزوجة به فلا يساكنها فيه سوى زوجها وأولادها ، وأساس ذلك . أن الاستقلال و إحساس الإنسان بالخصوصية خلف الأبواب المغلقة وتحت السقف بين حوائط أربع ، وهذا المعنى لا يتوافر إلا باقتصار المساكنة على من ذكروا لأنهم من مفردات خصوصيات الزوجة ، ولأن زوجها هو صفو حياتها وبالتالي سترها ، كما أن أولادها بضعة منها ، وهم أقرب إلى روحها ممن سواهم بل هي لا تطيق البقاء في مسكن بدونهم.

. بيد أن المشرع رأي أن هناك بعض الفئات تقتضي الحاجة إلحاقهم بمن ذكروا ، وذلك رعاية لهم لقربهم من الزوج ، أو تأكيد رعايتهم في عنقه، ومن هؤلاء أولاد الزوج من غير الزوجة ، لأن رعايتهم واجبة في ذمته، ومن ذلك ما تقضي المادة (١٣٩) من مجموعة سنة ١٩٥٥ من أنه: " إذا كان الزوج ملزماً بالنفقة لبعض الأشخاص ، وكان لا يستطيع دفعها نقداً ، فإن للقضاء أن يأمر بأن يقيم معه في مسكنه من تجب عليه نفقته ،

وأن يقدم له ما يحتاجه من طعام وكسوة " . ولا يدخل والدا الزوج ضمن الفئات التي يجوز أن تساكن الزوجة ، كما لا يدخل والداها - كذلك - ضمن تلك الفئات ، وذلك من باب المعاملة بالمثل إلا أنه لما كان ميلها جهة أبويها أكبر ، وحبها لهما أشد ، فإنها لا تكره أن يعيشا معها ، وفي هذه الحالة فإن الزوج إذا رضي بتلك المساكنة فإن سكوته هذا يعتبر رضا منه بمساكنتهم معها فلا يجوز له الاعتراض عليه بعد ذلك [1] .

(٣) أن يكون المسكن صالحاً للإقامة :

لا يكفي وجود المسكن وأن يكون ملائماً ، بل لا بد أن تتوافر مع ذلك شرط صلاحيته للإقامة فيه ، ومن المعلوم أن المسكن يكون صالحاً للإقامة إذا كان آمناً لا تشعر الزوجة بالخطر فيه على نفسها أو عرضها عند غياب زوجها عنه ، كما يجب أن تتوافر المرافق الصحية المناسبة بأن يكون مجهزاً بالإضاءة والمياه ، والغاز وغير ذلك مما يعد من مرافق المسكن المعاصر ، وأن يكون مؤثثاً تأثيثاً يتناسب مع حالة الزوجين ومستواهما الاجتماعي .

إذا توافر المسكن على نحو ما سبق فإنه يقع على عاتق الزوجة الالتزام بالمساكنة ، كما يجب على الزوج أن يعيش معها ، وعلى كل منهما أن ينفذ التزامه طوعاً دون إجبار ، وهذا ما يجب ، لأن المساكنة لا تكون بالقسر والإجبار ، وإنما بالطواعية والاختيار ، ومع ذلك فإن أمر المساكنة يثير تساؤلاً حول ما إذا امتنع أحد الزوجين عن مساكنة الآخر فما الحكم ؟ وهل يمكن قانوناً إجباره على تلك المساكنة ، إن الأمر يختلف في امتناع الزوجة عنه في امتناع الزوج .

---

(١) في هذا المعنى استئناف القاهرة في ١٩٥٦/٥/٣٠ ، في القضية رقم (١٢٣) .

امتناع الزوجة عن المساكنة :

إذا امتنعت الزوجة عن قيامها بواجب المساكنة رغم قيام زوجها بتهيئة المسكن الملائم فإنها تكون مخلة بهذا الالتزام الجوهري ، حيث تعتبر ناشزاً ، ويجوز للزوج - حالئذ - أن يتخذ معها الجزاءات التي تترتب على النشوز وأولها الامتناع عن الإنفاق عليها ، لأن النفقة جزاء المساكنة، وهي لم تساكن ، ويظل هذا الامتناع قائماً طالما ظلت قائمة على امتناعها، فإذا طالبته بالإنفاق طالبها بتنفيذ التزامها بمساكنته، نصت المادة (١٤٢) من مجموعة سنة ١٩٥٥ على ذلك بقولها : " يسقط حق الزوجة في النفقة إذا تركت منزل زوجها بغير مسوغ شرعي ، أو أبت السفر معه إلى الجهة التي نقل إليها محل إقامته بدون سبب معقول " ، ويفهم من هذا النص ، أن الامتناع عن الإنفاق لا يكون مقبولاً إذا توافر لدى الزوجة من الأعذار ما يجعل رفضها للمساكنة مقبولاً ، ومن تلك الأعذار ، أن يتوافر لديها مسوغ شرعي ، كأن يكون المنزل غير مهيأ للسكنى ، أو لا تتوافر فيه صفة الاستقلال ، أو لا تشعر فيه بالأمان ، أو أن يكون امتناعها عن السفر معه إلى الجهة التي نقل إليها محل إقامته بسبب عدم شعورها بالأمان في تلك الجهة لكثرة مخاطرها وندرة استتباب الأمن فيها ، أو أن يكون انتقاله لتلك الجهة مبيتاً على أسباب غير جادة ، ويقصد مضارة زوجته أو التنكيل بها. أو دفعها لعدم المساكنة عناداً حتى يكون في تصرفها هذا مبرراً لمنع نفقتها ، أو غير ذلك من الأسباب المضادة لمعنى المساكنة ، أو التي يجب أن تتوافر بين الزوجين في إطار المودة والمحبة والسكينة (١) .

---

(١) في هذا المعنى : حكم الاستئناف الصادر من محكمة القاهرة في ٣٠/٦/١٩٥٦ مشار إليه في د. عبد الودود يحي - السابق - ص ٢٢٨ هامش (١) .

إجبار الزوجة على طاعة زوجها :

فإذا انتفت تلك المبررات يكون هجرها للمسكن أو رفضها الإقامة مع زوجها في الموطن الذي نقل إليه إقامته غير سائغ أو مقبول ، وهنا يثور التساؤل عن مدى جواز الحكم عليها بالطاعة ، وإلزامها بالقضاء على تلك المساكنة جبراً وإلزاماً .

وهنا نجد أن القضاء مختلف في تلك المسألة إلى قولين :

أولهما : يرى عدم جواز ذلك ، وأنه لا يجوز قبول دعاوى الطاعة ، وقد ذهب إلى ذلك الرأي بعض المجالس الملية قبل إلغائها ، وبعد أن نقلت اختصاصات تلك المجالس إلى القضاء انتهجت بعض أحكامه ذلك النهج ، وجاءت تلك الأحكام محمولة على أسباب حاصلها ؛ إن الطاعة في فهم المسيحية عمل اختياري خالص ينبع من واجبات روحية تعتمل في الضمير، ومثل ذلك مما يجب أن يترك للطوع والاختيار ، وليس للضغط والإجبار [1] ، وقالت بعض تلك الأحكام : إن في إكراه الزوجة بالقوة المدنية على الدخول في طاعة زوجها ، استهانة بكرامتها [2] ، كما يتنافى مع قيام الزواج على الألفة والمحبة دون القهر والإكراه [3] ، وليس من سبيل أمام الزوج إذا امتنعت زوجته عن مساكنته ، أن يطلب منها ذلك مع العودة إلى حياتها الزوجية ، فإذا امتنعت عن إجابة دعوته بغير مسوغ

---

(١) صالح حنفي – المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين – ص ٢٨٣ وما بعدها – طبعة ١٩٥٦م .

(٢) محكمة طنطا الجزئية في ١٩٥٦/١١/٧ ، في القضية رقم (١٠٦٩) لسنة ١٩٥٦ ، مشار إليه بالمرجع السابق – رقم (٥٨٦) – ص ٤٤٧ ، وراجع : حكم محكمة مصر الجديدة الجزئية الصادر في ١٩٦٥/٧/٢٣ . مشار إليه في د. اهاب حسن إسماعيل – شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية – ص ٢٥٤ ، فقرة ٢٥٧ – طبعة ١٩٥٧ .

(٣) د. اهاب حسن إسماعيل – السابق – ص ٢٨٥ .

شرعي كان لهذا الامتناع أثره في إسقاط نفقتها ، كما يكـــون لـــه اعتبـــار ملحوظ عندما يطلب فصم رابطة الزوجية القائمة بينهما [1] ، وبتعبـير أدق، فإن التزام الزوجـة بطاعة زوجها أقرب إلى الالتزام الطبيعـــي منـــه إلـــى الالتزام العادي من جهة قبوله للتنفيذ الجبري .

ثانيهما : يرى جواز تنفيذ حكم الطاعة جبراً على الزوجة التي تمتنع عـــن مساكنة زوجها لأن طاعة الزوجة لزوجها واجبة وفقاً لناموس الكنيســـة ، وما جري عليه العمل بالمجالس الملية ، وقد مال إلى ذلك بعض المجـــالس الملية .

وأساس هذا الاتجاه ، أن ما كان يقال من أن الحكم الصـــادر بالطاعـــة لا يمكن تنفيذه جبراً قد تغير وضعه بعد صدور القانون (٤٦٢) لسـنة ١٩٥٥، حيث نصت المادة (٥) من القانون المذكور على أنه : يتبع أحكـــام قـــانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التـــي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، والمجالس الملية عدا الأحوال التـــي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحـــة ترتيـــب المحـــاكم الشـــرعية ، أو القوانين الأخرى المكملة " ، وقد تعدلت اللائحة المذكورة ، وحذفت منـــــها بعض نصوص ، وبقيت منها نصوص أخرى أصبحت هي الدســـتور الأول في مسائل الإجراءات والتنفيذ في قضية الأحوال الشـــخصية للمصرييـــن جميعاً بلا تمييز ، وبمراجعة اللائحة المذكورة نجد مادتين لهما بموضـــوع الإجبار على تنفيذ حكم الطاعة صلة كبـــيرة ، وهمـــا المادتـــان (٣٤٥ ، ٣٤٦) الواردتان في الكتاب الخاص بتنفيذ الأحكـــام بالبـــاب الأول تحـــت عنوان قواعد عمومية وهما تنصان على الآتي :

---

(١) د. عبد الودود يحي – السابق – ص ٢٢٩ .

مادة (٣٤٥) : " تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عنه محرمه والتفريق بين الزوجين ، ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهراً ، ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل " .

مادة (٣٤٦) : " يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دامت زوجة " .

ومن هذين النصين يبدو أن المشروع المصري ، بعد أن نص في قانون توحيد جهات القضاء الخاص بالأحوال الشخصية للمصريين مسلمين ، وغير مسلمين ، وبعد توحيده للإجراءات التي يخضعون لها في عهد القضاء الجديد ، نص في المادتين سالفتي الذكر ، على أن أحكام الطاعة تنفذ جبراً ، ولو أدى ذلك إلي استعمال القوة ، وأن مثل هذا التنفيذ الجبري يعاد على الزوجة طالما أنها مازالت زوجة لطالب التنفيذ [1] .

وهذان النصان يسريان على المصريين جميعاً مسلمين ومسيحيين ويهود بلا تمييز بين مللهم لأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هي التي تحكم الإجراءات والتنفيذ في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعاً ، بلا تمييز طبقاً للمادة الخامسة من القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم فإن الطاعة بعد صدور هذا القانون ، أصبحت واجبة التنفيذ جبراً بعد أن كانت في عهد اختصاص المجالس الملية الملغاة التزاماً شبه طبيعي ، تقاعست تلك المجالس الملية عن تنفيذه جبراً ، ولم يعد في الإمكان الاحتجاج بعرف جرت عليه المجالس عند عدم تنفيذها لتلك الأحكام بالقوة الجبرية ، لأن ذلك كان في وقت انعقدت لها الهيمنة فيه على الأمر ، أما اليوم فقد نسخ هذا العرف بنصوص لها من القوة والعموم ما يستلزم تطبيقها على

---

(١) د. اهاب إسماعيل – السابق – ص ٢٩٠ .

المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين طالما أن يد التبديل أو التغيير لم تمتد إليها [1].

وبمقتضى هذين النصين ، لم يعد هناك محل لمقولة أن تنفيذ حكم الطاعة بالقوة معناه إهدار كرامة الزوجة وتعسف من جانب الزوج ، لأن حكم الطاعة مشروط باعتبار الزوجة ناشزا لم ترع حقوق الزوج ، كما أنه لا يفيد الزوجة تنفيذ حكم الطاعة عليها جبرا ، في حين أن المادة (٢٩٢) عقوبات التي تسري على الجميع تفرض عقوبة الحبس على الزوج عند عدم سداد النفقة للزوجة ، ولربما كان قرب الزوجين لبعضهما أدعى إلى زوال النفور والبغضاء واستقرار الأسرة وحمايتها ، بعكس هجر الزوجة لزوجها ، فإنه تقويض لكيان الأسرة وتشريد للأولاد وضياع لمستقبلهم ، وذلك هو رأي الفقه [2] .

مبررات الحكم بالطاعة :

ويمكن بيان مبررات الحكم بالطاعة ملخصا كما يلي :

(١) مما لا شك فيه أن حبس الزوج الممتنع عن النفقة الواجبة لزوجته أمر مفروغ منه رغم مساس ذلك بحريته ، وإذا كان ذلك كذلك ، يكون مما يتفق مع العدل أن تتقيد حريتها لغرض إلزامها بطاعته ، فالالتزامان متقابلان ، التزام النفقة يقابله التزام المساكنة ، وإذا كان جزاء الأول الحبس وهو مضاد للحرية ، يكون إلزامها بالطاعة على نحو يضاد حريتها مما يتلاءم مع هذا الجزاء ، ذلك أن توزيع الظلم عدل ، إن صح أن الإجبار ظلم .

---

(١) د. إيهاب إسماعيل – السابق – ص ٢٩١ ، د. جميل الشرقاوي – فقرة ٦٩ ، د. توفيق حسن فرج – فقرة ١٤٢ ، د. أحمد سلامة – فقرة ١٥١ .

(٢) د. عبد الودود يحي – ص ٢٣٠ .

(٢) الزواج المسيحي يراعى فيه دائماً أنه أبدي ، والطوائف التي أباحت التطليق لم تبحه إلا لأسباب محددة ، وقد لا تتوافر هذه الأسباب في رفض التطليق ، وفي الحكم بالطاعة رفع للمشقة التي تعود على الزوج من عدم إمكانه الحصول على التطليق في الوقت الذي تأبى فيه زوجته مساكنته[١] .

(٣) شرائع غير المسلمين لا تبيح في الغالب تعدد الزوجات ، فرفض الطاعة مع رفض التطليق لعدم قيام سبب يبرره ، يتمخض عن غبن فاحش بالزوج غير المسلم سيما وأن شريعته لا تسمح له بتعدد الزوجات [٢] .

(٤) ورغم أن في الطاعة تقييداً لحرية المرأة في المساكنة إذا كانت لا ترغب فيها ، إلا أنها قد تؤدي إلى استمرار كيان الأسرة قائماً ، وحفظ الأولاد من التشرد ، وبهذا يمكن تبرير نظام الطاعة ، وإن كانت تلك المبررات ليست فوق مستوى النقد والرد .

شروط الحكم بالطاعة :

وحتى يتقرر الحكم بالطاعة يجب أن تتوافر شروط معينة ، وهذه الشروط تعد أمراً عادياً في مسألة استثنائية تنطوي على مساس بحق الزوجة في اختيار المساكنة والاستمرار فيها بإرادتها . وكما هو معروف فإن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه ، ونضيف إلى ذلك : أنه يجب أن ينضبط بالشروط حتى لا يتحول الاستثناء إلى قاعدة وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

(١) يجب أن يكون حق الزوج غير متلبس بالتعسف ، فإذا كان إجبار الزوجة على مساكنة زوجها ليس رغبة منه في المساكنة والمعيشة المشتركة ، وإنما للإضرار بها والعنت في حقها ، فإنه هنا يكون مضاراً

---

(١) د. اهاب إسماعيل – السابق – ص ٢٩٢ .

(٢) المرجع نفسه .

ولا تجب طاعته ، فإذا ما كانت الزوجة ممتنعة عن طاعة زوجها لحق من حقوقها الممنوحة لها شرعاً بحكم ديانتها فإنها لا تكون ناشزاً في تلك الحالة، فالنشوز هو الخروج عن طاعة زوجها بدون حق ، فإذا كان نشوزها بسبب حق من حقوقها فإنها لا تكون ناشزاً ، ولذلك يجب بحث النشوز قبل الحكم بالطاعة .

(٢) أن يؤدي الزوج حقوق زوجته كاملة غير منقوصة ، فإذا أداها على هذا النحو تجب طاعته ، وإذا بخسها حقاً من حقوقها ، فإن لها أن تمتنع عن طاعته حتى يؤدى لها هذا الحق ، وإذا امتنعت عن مساكنته لا تكون ناشزاً .

(٣) أن تتمسك الزوجة بحقوقها قبل الزوج ، فإذا سكتت عن منعها بعض تلك الحقوق أو أحدها ، فإن سلوكها هذا يعتبر رضا منها بما يفعله الزوج بها ، وإذا كانت راضية ، فإنها لا يجوز لها أن تمتنع عن مساكنته ، أما إذا تمسكت بحقها وعبرت عن تبرمها مما يقع عليها وطلبت إصلاحه ، فإنها لا تكون متنازلة عن الحق الذي يمنعه زوجها عنها ، وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية في حكم لها بأنه : " إذا ما أعرضت الزوجة عن وضع نفسها تحت تصرف زوجها ، ولم تمكنه من استيفاء حقوقه كزوج بغير وجه حق ، فإنها تعد في حالة نشوز[1]، وينعقد الاختصاص في الحكم بالنشوز للمحاكم الجزئية .

---

(١) حكم محكمة القاهرة الابتدائية – الدائرة (٢٦) في القضية (٩٦٣) لسنة ١٩٥٦ ، بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢٨ ، مشار إليه في د. اهاب إسماعيل – السابق – ص ٢٩٣ هامش (ا) .

فرار الزوج من مسكن الزوجية :

وقد يتصور الإخلال بواجب المساكنة من قبل الزوج ، فيقوم هو بهجر منزل الزوجية ويترك زوجته فيه وحيدة دون أنيس أو جليس ، ومن غير مبرر يسمح له بهذا الفعل ، وفي هذه الحالة لا يتصور إلزامه جبراً على تنفيذ هذا الالتزام ، وإن كان ذلك لا يمنع من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يلزمه بالعودة إلى منزل الزوجية فإذا لم يتمثل لهذا الحكم ، يكون للزوجة أن تمتنع عن تنفيذ التزامها ، ويمكن تصور إمكان اللجوء إلى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ التزامه [1] .

وإذا كان الإجبار على الطاعة لا يستقيم وروده في حالة هجر الزوج لمنزل الزوجية وامتناعه عن مساكنة زوجته ، فإنه لا يصح أن يقال إن في ذلك إخلالاً بكفة المساواة بينهما في الحقوق والواجبات الزوجية ، وكما قيل بإجبار الزوجة على مساكنتة ، فإنه ينبغي - كذلك - أن يقال بإجبار الزوج على مساكنتها والحكم عليه بالطاعة ، وذلك لأن الحكم بالطاعة على المرأة وهو الذي يتفق مع كبرياء المرأة أمام الرجل ، حيث لم تقبل مساكنته برغبتها ، وإنما أرغمت عليها إرغاماً بحكم القانون ، لو صح إرغام الرجل على طاعتها ، لكان في ذلك انتقاصاً من تلك الكرامة ، حيث لا تقبل المرأة من زوجها أن يساكنها مرغماً ، لأنها مطلوبة له ، وحياؤها يمنعها من بذل نفسها له بإرادتها أو فرض مساكنتها عليه بالقوة ، ولهذا اختلف الحكم في الحالتين ، وذلك مراعاة لطبيعة المرأة وخاطرها .

---

(١) د. جميل الشرقاوي – السابق – ص ٢٨٢ ، د. عبد الودود يحي – السابق – ص ٢٣١.

(ب) في شريعة الكاثوليك :

وفي شريعة الكاثوليك ورد الالتزام بالمساكنة في المادة (١١٧) من الإرادة الرسولية التي تنص على أنه : " على الزوجين أن يلزما المعيشة الزواجية المشتركة ما لم يعذرهما سبب عادل " ، ولم يرد في الإرادة الرسولية ما يعطي الزوج الحق في اختيار المسكن ويبدو أن ذلك الأمر قد ترك النص عليه فيها اكتفاء بما هو مقرر للزوج من قوامة على الزوجة أو رئاسة عليها في إطار محيط الأسرة ورعاية مصالحها ، فإن من مقتضى تلك القوامة ، أو من أعباء تلك الرئاسة أن يقوم الزوج باختيار المسكن الملائم الذي يناسب المحافظة على زوجته وأولادها .

(ج) وعند الإنجيليين الوطنيين :

لم يرد النص على الالتزام بالمساكنة ، وإن كان مما لاشك فيه أنها تترتب على الزواج عندهم ، لأن ذلك الالتزام مما تحتمه طبيعة الزواج ، ولهذا فإنه يجب أن يخضع للأحكام المقررة له عند الأقباط الأرثوذكس .

ثانيا : الالتزام بالمعاشرة الزوجية :

من الآثار التي تترتب على عقد الزواج لدى جميع الشرائع المسيحية ، التزام كل من الزوجين بمعاشرة الآخر جنسياً ، وهذا الأثر مفهوم من تعريف الزواج حيث يعرف بأنه عقد يعطي لكل واحد من الزوجين حقاً في المساس بجسده على النحو الذي يشبع الغريزة ، ويحقق أغراض الزواج في التناسل والمحافظة على النسل ، ويبدو من خلال مطالعة النصوص التي تنظم هذا الحق أنه يتسم بأمرين :

أولهما : أنه حق مشترك بين الزوجين ، فكما أن للزوج حقاً في الاستمتاع بزوجته فإن لها كذلك الحق في الاستمتاع به ، وعلى هذا فإنه لا يجوز له أن ينظر إلى متعته الشخصية دونها ، أو كما يقولون : لا يجوز أن يقضي

وطرف منها ثم يميل على جنبه قبل أن تكون هي الأخرى قد قضت وطرها منه ، أو قبل أن يتحقق لها الإشباع الجنسي الذي من أجله سكنت إليه وسلمت نفسها له ، وعرضت نفسها لذلك العمل الغريزي بعيداً عن إلف الوقار واحتشام المظهر ، وإذا كان ذلك كذلك ، فإنه لا يجوز للزوج - من باب أولى - أن يرغم زوجته على تلك المعاشرة وهي غير مهيأة لها نفسياً أو صحياً أو بدنياً ، فإذا كان بالزوجة مرض عارض يمنعها من المعاشرة، أو أصابها مانع نفسي أو بدني مثل إرهاق البدن والخلود الكامل للنوم ، فلا يجوز للزوج أن يتجاهل ظروفها تلك ، ويحملها حملاً على أن تشاركه جنوح الغريزة وشطط الطبع ، إن هذا المسلك فضلاً عن مجافاته للتذوق ، وافتقاد الإحساس بآدمية الأنثى التي تعيش معه تحت سقف واحد، يظهره في صورة إنسان أناني غير حريص على مشاعر زوجته ، ولا يعنيه من أمر معيشته معها إلا إشباع رغباته الخاصة ، حتى ولو كان ذلك على حساب صحتها وسلامتها وراحتها ، وذلك من شأنه أن يهدد أمن الأسرة ويقوض استقلالها .

ثانيهما : أن الالتزام بالمعاشرة لم يتقرر لذاته ، أو بقصد إشباع الغريزة وحدها ولكنه قد تقرر كالتزام يقع على عاتق الزوجين بقصد المحافظة على النسل وإنجاب الأولاد والذرية ، وعلى هذا فإن ذلك الحق لا يجوز أن ينأى عن موطن التناسل من المرأة ، فلا يجوز للرجل أن يستعمل زوجته في غير الموطن الذي يرجى منه الولد عادة ، وهو موطن التناسل والتكاثر من المرأة فإذا قام بهذا الموطن مانع طبيعي كالمرض ، أو الحيض أو غيرهما من موانع الاستمتاع بالمحل ، فإنه يجوز أن يستمتع منها بما يشبع غريزته بعيدا عما يعمله الشواذ وقوم لوط .

حكم الامتناع عن المعاشرة :

وإذا امتنع الزوج عن معاشرة زوجته قصداً للإضرار بها والعنت معها فإنه يكون مضاراً بها ، ومخلاً بمضمون حق المساكنة لها ، فإن مضمون هذا الحق يتمثل في الإشباع الجنسي والمعاشرة [1] ، وإذا امتنعت الزوجة عن معاشرة زوجها يكون ذلك الامتناع من قبلها إخلالاً منها بأهم أثر من آثار واجب المساكنة ، ويجوز له أن يتخذ من الإجراءات ما يمنعها من ذلك .

ثالثا : الالتزام بالإخلاص والأمانة :

ويفرض عقد الزواج على كل من طرفيه الالتزام بالإخلاص والأمانة ، وقد نصت على هذا الالتزام المادة (٤٣) من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس فقالت : يجب لكل من الزوجين على الآخر الأمانة " ، ويبدو أن الإخلاص والأمانة معنيان مترادفان ، لأن الإخلاص يعنى صدق نية كل طرف تجاه صاحبه بحيث يكون تعامله معه في السر الخافي عنه كتعامله في العلن البادي له ، فلا يخونه ، ولا يعمل عملاً يظن أنه سوف يجرح شعوره أو يعلم ذلك ، وإذا التزم كل طرف بهذا المعنى يكون أميناً مع صاحبه ، لأن الأمانة معناها عدم الخيانة ، ومن ثم كان هذا المعنى قريباً من معنى الإخلاص في المعاشرة وكانا من الألفاظ المترادفة لذلك . ومن مقتضى الالتزام بالإخلاص أن يمتنع كل من الزوجين عن القيام بكل ما من شأنه أن يخدش الثقة بين الزوجين سواء كان ذلك عن طريق علاقات جنسية مع غير زوجه أم القيام بما هو دون ذلك مما يعتبر إخلالاً بهذا الالتزام ، ولهذا جعلت شريعة الأقباط الأرثوذكس ، ذلك السلوك المنحرف وهو الزنا سبباً للطلاق ، وذلك في المادة (٤٨) من

---

(١) في هذا المعنى : د. عبد الودود يحي – السابق .

مجموعة ١٩٥٥ . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، ولكنها رتبت نفس الجزاء على الزنا الحكمي ، فقد جاء في الخلاصة القانونية : أن للرجل أن يطلب الطلاق إذا تمادت امرأته على إجراء ما يستلزم إفساد عفتها [١] ، ومما تجدر الإشارة إليه ، إلى أن الزنا وأن كان يعتبر من أسباب التطليق ، إلا أنه لا يحول دون أعمال النصوص الجنائية التي تقضي بتوقيع عقوبة الزنا على من يرتكبه من الزوجين وهي تفرق بين الرجل والمرأة ، حيث لا تطبق على الرجل إلا إذا كان قد ارتكب هذه الجريمة في منزل الزوجية ، أما المرأة فإنها تستحق تلك العقوبة أيا كان المكان الذي ارتكبته فيها ، إضافة إلى أن عقوبة الزوج لا تزيد عن ستة أشهر ، أما عقوبة الزوجة فإنها تصل إلى سنتين [٢] .

(جـ) وفي شريعة الكاثوليك :

يحرم على كل من الزوجين أن يقيم علاقات جنسية مع غير الزوج الآخر ، ولهذا فإن المادة (١١٨) من الإرادة الرسولية تجعل زنا أحد الزوجين سبباً يجوز معه للزوج الآخر أن يطلب الانفصال الجسماني ، وذلك إضافة إلى الجزاء الجنائي الذي يقرره قانون العقوبات .

(د) وفي شريعة الإنجيليين :

لا تختلف هذه الأحكام عندهم عما هو مقرر في الشرائع الأخرى ، ولذلك فإن المادة (١٨) من المجموعة الخاصة بهم ، تحكم بالطلاق إذا زنا أحد الزوجين ، وطلب الزوج الآخر الطلاق ، ويبدو أن المادة المذكورة قد

---

(١) المسألة (٢٦٥) من الخلاصة القانونية ، وراجع : المجموع الصفوي - ص ٣٥٦١ ، حيث تضرب أمثلة على ذلك منها : أن تعاقر المرأة رجلاً على شرب الخمر ، أو تمارس السباحة معه ، أو أن تبيت عند غير والديها خارج المنزل أو أن تعتاد على ارتياد أندية الرجال على غير رغبة من زوجها.

(٢) المواد (٢٧٣ - ٢٧٧) من قانون العقوبات .

أسست ذلك الحكم على اعتبار أن الزنا يمثل اعتداء علـــى حـــق الطـــرف المعتدى عليه ، فجعلت التطليق متوقفاً على إرادته هو ، بناء على طلبه .

رابعاً : الالتزام بالإنفاق :

النفقة هي كل ما يلزم الشخص للقيـــام بضـــرورات حياتـــه مـــن المـــأكل والمشرب والملبس والمسكن وما يحتاجه من مصـــاريف العـــلاج ، وقـــد نظمت المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس الالـــتزام بالنفقـــة تنظيمـــاً مفصلاً ، وهذا التنظيم يتضمن ما يلي :

(١) وجوب النفقة على عاتق الزوج أصالة :

إن النفقة تقع على عاتق الزوج أصلاً ولـــهذا نصـــت المـــادة (٤٥) مـــن مجموعة ١٩٥٥ على أن : الزوج ينفق على زوجته قدر طاقته [١] ، ذلـــك من حين العقد الصحيح ، أي منذ إتمام الزواج بالتكليل ، ومـــن ثـــم فـــلا يتوقف الالتزام على انتقال الزوجة إلى منزل الزوجيـــة ووجـــوب النفقـــة مرهون بالاحتباس ، وهو التزام الزوجة بمساكنة زوجها ، وذلك بتنفيذ هـــذا الالتزام فعلاً ، أو أن تكون على استعداد لتنفيذه ، ولهذا فإن التزام الـــزوج بالنفقة يسقط إذا امتنعت الزوجة دون مـــبرر عـــن الانتقـــال إلـــى مـــنزل الزوجية، أو غادرته بعد انتقالها إليه ، وقد رأينا انه وفقاً للمادة (١٤٢) مـــن مجموعة ١٩٥٥ : " يسقط حق الزوجة في النفقة إذا تركت منزل زوجـــها بغير مسوغ شرعي ، أو أبت السفر معه إلى الجهة التي نقـــل إليـــه محـــل إقامته دون سبب معقول ، فإذا كان ترك الزوجة لمنزل الزوجيـــة لـــه مـــا يبرره فلا يسقط حقها في النفقة ، وذلك بأن يكون الزوج هو الـــذي أخطـــأ وطرد زوجته من منزل الزوجية ، أو أن تكون الزوجة قد تركـــت مـــنزل

---

(١) مادة (١٤١) من مجموعة ١٩٥٥ .

الزوجية خوفاً من اعتداء زوجها عليها بالضرب ، إذ أن تركها للمنزل في تلك الحالات وأمثالها يكون له ما يبرره ، فلا يسقط حقها في النفقة [1] ، وإذا منعت الزوجة زوجها من دخول المنزل إذا كانا يقيمان في بيتها فإنها تكون ناشزاً ولا تستحق النفقة [2] .

وتستحق الزوجة النفقة حتى ولو كانت موسرة ، فإذا كانت لها ثروة ، أو كانت صاحبة دخل من عمل أو مهنة ، فإن هذا لا يؤدي إلى سقوط حقها في النفقة .

عمل المرأة وأثره على استحقاق النفقة :

رأينا أن الزوجة تستحق النفقة حتى ولو كانت موسرة أو ذات دخل من عمل أو مهنة إلا أن الذي يثير التساؤل هو مدى استحقاق الزوجة للنفقة إذا كانت تعمل خارج المنزل عملاً يتعارض مع احتباسها بمنزل الزوجية الذي يعتبر مناطاً للالتزام بالنفقة ، فقد تعرض الفقه لذلك ، وانقسم الرأي فيها إلى ثلاثة اتجاهات :

أولها : يرى أن المرأة إذا كانت من ذوات الحرف اللاتي لا يقررن في البيت ، وطلب زوجها منها القرار في البيت فلم تستجب ، فإنه والحال كذلك – لا تجب لها النفقة ، وذلك لأن الاحتباس الذي تناط به النفقة هو الاحتباس الكامل ، والمحترفات لا يتحقق معهن ذلك ، وكما يبدو فإن منع النفقة هنا منوط بأمرين هما : أن يطلب الزوج من زوجته المحترفة للعمل خارج المنزل بقاءها فيه وعدم خروجها للعمل ، وأن ترفض هي هذا الطلب ، فإذا لم يطلب منها ذلك ، أو طلب ووافقت ، فلا يكون ثمة مقتض

(١) د. عبد الودود يحي – السابق – ص ٢٣٤ ، والأحكام القضائية المشار إليها في هامش (٢،١) .

(٢) د. اهاب إسماعيل – السابق – ص ٣٠١ .

لمنع النفقة [1] ، ويكون الأمر هنا متوقفاً على إرادة الزوج ورغبتـــه فـــإذا منعها وخرجت كانت ناشزاً ، وإذا لم يمنعها لا تكون كذلك [2] .

ثانيها : يرى أن عمل المرأة خارج المنزل لا يصلح لإسقاط نفقتها حتـــى ولو كان ذلك بغير إذن الزوج ، لأن نفقة الزوجة لا تســقط إلا إذا تركـت منزل الزوجية بدون مسوغ شرعي ، ولم يقل أحــد إن التحاقــها بــالعمل للمساعدة على المعيشة يعتبر عملاً غير سائغ شرعاً ، سيما إذا كان دخـــل الزوج قليلاً لا يقوى على مجابهة النفقات الزائدة أو غلاء الأســعار الــذي يلتهم دخلــه دون أن يغطي ما تحتاجه الأسرة من وجوه الإنفاق التي تقيــم حياتها[3] .

ثالثها : يرى أن هناك وجهة نظر توجبها مقتضيات الأمور فـــي العصـــر الحالي الذي قاربت فيه المرأة من مساواة الرجل في كافة حقوقه والتزاماتـه، وقيامها بالعمل معه جنباً إلى جنب في مختلف ميادين الحياة ، وذلك فضـــلاً عن ارتفاع تكاليف المعيشة ، وما يعجز معه الزوج أحيانـــاً عــن كفايــة الإنفاق على زوجته ، لهذا يحسن عدم ترك الأمر لمحض تقديـــر الـــزوج فيمنعه بإرادته وحدها أو يمنحه برأيه منفرداً ، إذ أن ذلك من شأنه أن يوقع الزوج في الشطط والتعسف وسوء تقدير الأمور ، سيما في حالـــة احتـــدام الخلاف بينهما حول تلك المسألة ، ومن ثم ينبغي أن يترك الأمـــر لتقديـــر القاضي ، وعليه أن يدخل في اعتباره مقدار حاجة الزوجة ويسار الــزوج ، ونوع العمل الذي تقوم به الزوجة ، وما إذا كان يؤدي إلـــى فــوات حـــق

---

(١) الشيخ محمد أبو زهرة – السابق ص ٢٣٢ .

(٢) د. توفيق فرج – السابق – ص ٧٠٩ وما بعدها .

(٣) د. اهاب إسماعيل – السابق – ص ٣٠٠ ، وحكم محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٥٦/١١/٢٦ فـــي القضية رقم (٢٠٨٦) لسنة ١٩٥٦ .

الاحتباس من غدمه ، أو يمكن للزوجة أن تجمع بينه وبين رعايتها لشـــئون منزلها ، دون إهدار لحقوق الزوج ، فتلائم بيـــن المقتضيـــات والظـــروف وبين حقوق الزوج [1] .

وهذا الرأي في نظرنا هو الأصوب ، لان جعل الأمر منوطاً بإرادة الرجـــل وحده لا بد أن يؤدي إلى التعسف والشطط ، فالرجل حين يرى رأيا بالنسبة لعمل زوجته ، لا يكون من الحكمة أن يترك وحده في اتخاذ هذا الــــرأي ، لأن من مصلحته أن يمنعها إذا رأى ذلك ، لأنه في هذه الحالة سوف يكـــون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز ، ومن ثم فإن الاختصاص ينعقد للقاضي حتى يستطيع أن يقدر مدى تجرد رأي الزوج والتزامه جانب المصلحة العامـــــة للأسرة وليس مجرد الاستبداد والتحكم والتنكيل بالزوجة لإحراجها ، ســـيما إذا كان العمل الذي تمارسه عملاً عاماً أو كانت من الشخصيات العامـــــة ، أو كان عملها لا يترتب عليه الإخلال بحق الزوجة في القيّام بواجبات بيتـــها وزوجها .

وإذا كان الزوج مقتراً في الإنفاق على زوجته ، يكون لها أن تطلب تقديـــر النفقة لتقوم هي بالإنفاق على نفسها ، وفي هذا تقول المـــــادة (١٤٣) مـــن مجموعة ١٩٥٥ : للزوج أن يباشر الإنفاق بنفسه على زوجته حـــال قيـــام الزواج ، فإذا اشتكت مطله في الإنفاق عليها ، وثبت ذلـــك تقـــدر النفقـــة وتعطى لها لتنفق على نفسها ، وهذا معنى أن النفقة تجب وجوب تمليـــك ، أي إذا لم يقم الزوج بالإنفاق على زوجته ألزم بدفع مبلغ معين لتقوم هـــــي

(١) راجع : د. أحمد سلامة – السابق – ص ٣٢٧ ، د. عبد الودود يحي – الســـابق – ص ٢٣٤ ، د. توفيق فرج – السابق ، حيث يجعل الأمر منوطاً برضا الزوج .

بالإنفاق على نفسها وسد حاجياتها ، ويختلف هذا المعنى عن نفقة التمكين ، وهي التي يقوم الزوج فيها بالإنفاق على زوجته وسد حاجياتها [1] .

تقدير النفقة :

وتقدر النفقة بقدر حاجة من يبطلها ، ويسار من يجب عليه أداؤها ، وهـذا ما نصت عليه المادة (١٣٧) من مجموعة ١٩٥٥ ، فينبغي أن يراعي في تقديرها حاجة الزوجة ومقدرة الزوج على الإنفاق ، وعلى هذا فإنه ينبغي مراعاة أمرين :

أولهما : مقدار يسار الزوج أو إعساره .

ثانيهما : حالة الزوجة نفسها ومقتضيات طلباتها .

وتقدير النفقة مؤقت بطبعه ، فهو قابل للتغيير بالزيادة أو بالنقص تبعاً لتغير ظروف كل من الزوجين ، فإذا أصبح الشخص الملزم بالنفقة في حالة لا يستطيع معها أداؤها أو أصبح من يتقاضى النفقة في غير حاجة إلى ما قدر له أو بعضه جاز إسقاط النفقة أو تخفيض قيمتها ، كما أنه إذا زاد يسار الشخص الملزم بالنفقة أو زادت حاجة المقضي له بها ، فإنه يجوز الحكم بزيادة قيمتها [2] .

(٢) وجوب النفقة على الزوجة احتياطاً :

وإذا كان الأصل وجوب النفقة على الزوج إلا أن شريعة الأقباط الأرثوذكس توجب الإنفاق على الزوجة إذا كان زوجها معسراً لا يستطيع الكسب ، وفي هذا تقول المادة (١٤٦) من مجموعة ١٩٥٥ : " **تجب النفقة على الزوجة لزوجها المعسر ، إذا لم يكن يستطيع الكسب ، وهي قادرة على الإنفاق عليه** " ، ويبدو من هذا النص أن وجوب النفقة على الزوجة

---

(١) الشيخ محمد أبو زهرة – السابق – ص٢٣٣ ، د. اهاب إسماعيل – السابق – ص ٣٠١ .

(٢) حكم محكمة النقض في ١٩٥٦/٢/٢٥ – مجموعة أحكام النقض – س ٧ – العدد الأول .

لزوجها منوط بأمرين هما : إعسار الزوج بسبب عجزه عن الكسب ، فإذا كان الإعسار بغير هذا السبب ، فإنه لا يجب عليها الإنفاق ، وذلك كما لو كان إعساره بسبب إسرافه وانحرافه ، فإنه لا يستحق الإنفاق عليه من قبلها، كما يجب أن تكون الزوجة قادرة على الإنفاق ، فإذا كانت عاجزة فإنها لا يجب عليها شيء ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، كما أن الوجوب منوط بالقدرة والاستطاعة ، وهي بعدم قدرتها على الإنفاق صارت عاجزة، فلا يجب عليها شيء .

ومن طبيعة الأحكام المنظمة للنفقة عند الأقباط الأرثوذكس ، يبدو أن الالتزام بها تبادلي بين الزوج وزوجته ، لكن هذا التبادل غير تام ، حيث لا تلتزم الزوجة بالإنفاق إلا على سبيل الاحتياط ، فلا يوضع التزامها بالإنفاق موضع التنفيذ ، إلا إذا عجز الزوج عن الإنفاق لإعساره وعدم قدرته على الكسب [1] ، ولا قيد في هذا ، لأن الزواج يقوم على المشاطرة في السراء والضراء [2] .

وتستحق النفقة من وقت الزواج الصحيح ، وما استحق منها لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كما لا يجوز المطالبة بها عن أي مدة سابقة ، ما لم تكن قد سقطت بالتقادم وفقاً للقواعد العامة ، فلا يطبق بشأنها حكم الفقرة السادسة من المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تنص على أنه : " لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها رفع الدعوى ، لأن هذا الحكم خاص بالنفقات التي تحكمها الشريعة الإسلامية ، وهو حكم موضوعي ، فلا ينطبق على غير المسلمين ، وذلك

---

(١) د. عبد الودود يحي – السابق – ص ٢٣٦ .

(٢) د. اهاب إسماعيل – السابق – ص ٣٠٢ .

إعمالاً للمادة (٦) من القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ [١] ، ولأن دين النفقة بعد استحقاقه يعتبر ديناً عادياً يخضع للقواعد العامة في التقادم ، وهي تقضي وفقاً للمادة (٣٤٥) مدني بأنه : يتقادم بمضي خمس سنوات باعتباره من الديون الدورية المتجددة التي تسقط بمضي تلك المدة [٢] .

جزاء الامتناع عن أداء النفقة الواجبة :

وإذا امتنع الزوج عن التزامه بالإنفاق على زوجته ، أو امتنعت الزوجة في الحالات التي يقع فيها هذا الالتزام على عاتقها ، وكان للزوجة أن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها الناشئة عن الزواج ، كأن تمتنع عن المساكنة ، كما يكون لها أن تحصل على حكم من القضاء وتلجأ إلى تنفيذه جبراً على أموال الزوج ، كأي حكم آخر ، ومعلوم أن دين النفقة دين ممتاز له امتياز عام على جميع أموال المدين بالنسبة لنفقة الشهور الستة الأخيرة [٣] ، كما يجوز التنفيذ به على مرتب الزوج في حدود ٥٠ بالمائة منه وفقاً للمادة (٧٦) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ .

هذا بالإضافة إلى أن أحكام النفقة تنفذ عن طريق الإكراه البدني وفقاً للمادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والتي تقضي بأنه : " إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم والتي بدائرتها محل التنفيذ متى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته المحكمة ،

---

(١) د. جميل الشرقاوي – ص ٢٧٩ ، د. عبد الودود يحي – ص ٢٣٦ ، د. توفيق فرج – ص ٧١٩ ، وقارن د. أحمد سلامة – ص ٣٣٠ ، حيث ترى أن ذلك الحكم يطبق على شرائع غير المسلمين وذلك لخلو الشرائع الخاصة من نص يحدد مدة التقادم ، ولذلك يجب الرجوع للشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة .

(٢) د. توفيق فرج – السابق – ص ٧٢٠ .

(٣) مادة (١١٤١) مدني مصري .

ولم يمتثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلاً فإنه يخلي سبيله ، ولا يمنع ذلك من تنفيذ الحكم بالطرق العادية .

وهذا الحكم يعتبر من المسائل الإجرائية التي تطبق على المسلمين وعلى غير المسلمين ، وذلك بمقتضى المادتين (٥ ، ١٢) من القانون رقم (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ [١] .

وأخيراً فإن الامتناع عن الوفاء بدين النفقة الذي يصدر به حكم من القضاء يعتبر جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات بالمادة (٢٩٣) والتي تنص على أنه : " كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجة ، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة ، وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين ولا ترفع الدعوى عليه إلا من صاحب الشأن ، وفي جميع الأحوال إذا أدي المحكوم عليه ما تجمد في ذمته ، أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة .

ولما كان هناك تعارض بين المادة (٣٤٧) من اللائحة الشرعية والمادة (٢٩٣) عقوبات ، فقد صدر المرسوم بقانون رقم (٩٢) لسنة ١٩٣٧ ، الذي نص في المادة الأولى منه ، على أنه لا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات ، ما لم يكن المحكوم له بالنفقة قد استنفذ الإجراءات المشار إليها في المادة (٣٤٧) المذكورة ، وتضيف المادة الثانية أنه : " إذا نفذ بالإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ثم حكم عليه بسبب الواقعة

(١) د. أحمد سلامة – ص ٣٢١ ، د. جميل الشرقاوي – ص ٢٩٨ ، د. عبد الودود يحيي – ص ٢٣٧

نفسها بعقوبة الحبس تطبيقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات استنزلت مدة الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم به ، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق نفاذه [١] " .

(ب) وفي شريعة الكاثوليك :

لم تتضمن الإرادة الرسولية نصاً ينظم الالتزام بالاتفاق بين الزوجين ، ولكن هذا لا يعني عدم وجوده ، لأنه التزم يفرضه الزواج نتيجة للحياة المشتركة بين الزوجين ، ويمكن لبيان حدود هذا الالتزام الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون العام في هذا الشأن [٢] .

(ج) وفي شريعة الإنجيليين :

أما شريعة الإنجيليين الوطنيين فإنها لم تتضمن سوى إشارات عن الالتزام بالنفقة ، ويمكن القول : إن الشريعة الإسلامية هي التي تحكم مسائل النفقات بالنسبة لهم .

خامساً : الالتزام بالعون والمساعدة :

والالتزام بالعون والمساعدة يمثل تطبيقاً عملياً للعشرة بالمعروف بين الزوجين ، بحيث يعامل كل منهما الآخر بالتعاطف والمودة ، وأن يعاونه في عمله ويرعاه عند مرضه ، دون أن يطلب أجراً لذلك ، وهذا الالتزام مقرر في شرائع المسيحيين المختلفة .

---

(١) د. توفيق فرج – ص ٧١٧ ، د. جميل الشرقاوي – ص ٢٩٩ هامش (٢) ، د. عبد الودود يحي – ص ٢٣٨ هامش (١) .

(٢) في هذا المعنى : محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٨/٥/٢١ ، من القضية رقم (١٤) لسنة ٧٥ ق. مشار إليه في د. عبد الودود يحي – السابق – هامش (٣) .

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

تنص المادة ([illegible]) من مجموعة ١٩٥٥ على أنه : " يجب لكل من الزوجين على الآخر الأمانة والمعاونة على المعيشة ، والمواساة عند المرض " ، وقد اعتبر القضاء أن عدم مساهمة الزوج مساهمة كاملة في علاج زوجته ، والإنفاق على شئون مرضها ، يعتبر إخلالاً بواجب المعونة والمساعدة المتبادلة بين الزوجين ، والتي يحتمها عقد الزواج [١] .

(ب) وفي شريعة الكاثوليك :

لم يرد نص صريح في الإرادة الرسولية على هذا الالتزام ، ولكنه - كما هو معروف - التزام تفرضه طبيعة عقد الزواج ، ويمكن أن يستنتج من المادة (١٢٠) التي تبين أسباب الانفصال الجسماني ، فهي تجيز للزوج طلب الانفصال إذا سلك زوجه سلوكاً مجرماً وشائناً أو وضع زوجه في خطر جسيم للنفس أو الجسد ، حيث يفيد هذا النص ضمناً وجوب التعاطف والمعاونة بين الزوجين .

(ج) وفي شريعة البروتستانت :

لا تتضمن المجموعة الخاصة بالإنجيليين الوطنيين نصاً خاصاً بهذا الالتزام ، ولكنه موجود - بلا شك - عندهم ، على نحو ما هو موجود عند الأرثوذكس والكاثوليك .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٥٧/٢/٩ ، في القضية رقم (٦٨٧) لسنة ٥٦ ق.

المبحث الثاني
حقوق الزوجين في شرائع اليهود

تترتب على الزواج الصحيح آثاره فيما بين الزوجين ، وهذه الآثار تتمثل في حقوق والتزامات لكل منهما على الآخر ، وهي آثار يستقل القانون بتحديدها لاختلاف الزواج عن غيره من العقود .

وفيما يتعلق بالآثار المالية نجد أن الزواج في الشرائع المسيحية لا تؤدي إلى اختلاط الذمة المالية بين الزوجين ، أما في شرائع اليهود فإن الأمر مختلف لدى الربانيين عنه لدى القرائين .

فعند الربانيين : لا يجوز للمرأة أن تتصرف في أموالها إلا بإذن زوجها ، كما أن له أن ينتفع بأموال زوجته ، سواء ما قبضه منها (الدوطه) أم كان تحت يدها ، بل أن له الحق فيما تكسبه من عملها ، وما تجده من لقيه أو لقطة ، ولكن ذلك كله مشروط بوفائه بما لها عليه من الواجبات [١] .

وعند القرائين : لا يترتب على الزواج نقص في أهلية المرأة للتصرف في أموالها دون إذن الزوج ، وليس للزوج أن ينتفع بشيء من أموالها ، ويستثنى من هذا جهازها ، فللزوج أن ينتفع به ، كما أن له أن يستفيد مما تكسبه من عملها [٢] ، والمهر في الشريعة اليهودية يعد من شروط الزواج ويلتزم به الرجل للمرأة التي تستحق وقت العقد حتى ولو لم يحصل دخول.

وأما الآثار غير المالية ، فإنها تكاد تكون متماثلة مع نظائرها في الشرائع المسيحية ويحدد بيان ذلك :

---

(١) د. توفيق فرج – ص ٧٦٣ وما بعدها ، د. عبد الودود يحي – السابق – ص ٢٤٠

(٢) المرجعان السابقان .

أولاً الالتزام بالمساكنة :

يعني هذا الالتزام لا يختلف عن مضمونه في الشرائع المسيحية ، إذ هو يعني المعيشة المشتركة بين الزوجين تحت سقف واحد ، وبين حوائط أربع، ويقع على عاتق الزوج حق اختيار المسكن باعتبار أن رئاسة الأسرة منعقدة له .

(أ) وفي شريعة الربانيين :

يلتزم الزوجان بالمعيشة المشتركة في مسكن واحد يختاره الزوج بحكم رئاسته للأسرة ، ويجب أن تتوافر فيه شروط المسكن الشرعي ، بأن يكون صالحاً للإقامة فيه ، ومؤثثاً بما يتناسب وحال الزوج ، وأن يكون بين جيران صالحين ، فإذا لم تتوافر فيه شروط المسكن الشرعي ، كان للزوجة أن تمتنع عن تنفيذ التزامها بالمساكنة ، ولا تعد ناشزاً لذلك وعلى الزوجة أن تنتقل حيث يقيم زوجها ، ما لم يكن قد تم الاتفاق بينهما على موطن الزوجية وإذا لم يكن مثل هذا الاتفاق قد تم ، فإنه لا يجوز للزوجة أن تمتنع عن الانتقال إلى محل إقامة الزوج وإلا ضاع عليها مهرها ومؤخر صداقها [١] .

وإذا غيّر الزوج محل إقامته فللزوجة أن تقيم معه بشرط أن لا يكون المحل الجديد ليس أقل جودة ولا أقل يهوداً [٢] وإذا حصل تأذي من الجيران فلها طلب تغيير المسكن ، وللزوج كذلك إذا كان يقيم مع زوجته في مسكنها .

---

(١) مادة ١٩٢ منت كتاب ابن شمعون .

(٢) مادة ١٩٣ من كتاب ابن شمعون .

ويجب أن يكون المسكن مستقلاً بها ولا يجوز أن تجبر على الإقامة مع أهل زوجها إذا كانوا يضطهدونها ، بل أن لها أن تمنع مجيئهم إلى منزلها إذا كان ذلك سبباً لتكدر صفو حياتها [1] .

إخلال الزوجة بالمساكنة :

وإذ لم تنفذ الزوجة التزامها بالمساكنة فإنها تعتبر ناشزاً ، ويترتب على نشوزها سقوط حقها في النفقة ، أما إذا كان تركها لمنزل الزوجية بمبرر ، لعدم توافر شروط المسكن الشرعي مثلاً ، أو بسبب معاملة زوجها القاسية فلا تعد ناشزاً ، ولا يسقط حقها في النفقة ، وإذا امتنعت عن المساكنة بدون حق يكون للزوج أن يحصل على حكم بالطاعة ينفذ عليها جبراً وفقاً للمادة (٣٤٥) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

إخلال الزوج بالمساكنة :

وإذا أخل الزوج بواجب المساكنة ، كان لزوجته أن تحصل على حكم بالنفقة ضده ، كما يكون لها ، أن تطلب فرض غرامة تهديديه عليه ، حتى ينفذ التزامه بالمساكنة ويجوز للزوجة وفقاً لشريعة الربانيين أن تمنع زوجها من السفر إذا كان ذلك إلى جهة بعيدة [2] .

وحق المساكنة يعطي لكل من الزوجين حقاً على جسد الآخر للاستمتاع الجنسي بما يتفق مع طبيعة الزواج والغرض منه .

(ب) وعند القرائين :

يوجد التزام مشترك بالمساكنة بين الزوجين على نحو ما هو مقرر في شريعة الربانيين ، وإن كانت كتبهم الفقهية لم تتناول أحكامه بالتفصيل ومع ذلك فإن الأحكام المقررة له عند الربانيين هي التي تسري عليه ، ويرتبط

(١) المادتان (١٩٦ ، ١٩٩) من كتاب ابن شمعون .

(٢) المادة ١٢٩ من كتاب ابن شمعون .

ام بالمساكنة بالواجب الزواجي فيجب على الزوج إحصان زوجتـــه ، فلا يعرض عنها قصداً ، وعلى الزوجة تلبية رغبة زوجـــها ، وألا تكـون ناشزاً ويجوز طلاقها بلا حقوق عدا ما يكون موجوداً لها من الجهاز [١] .

ثانياً : **الالتزام بالإخلاص والأمانة** :

يقتضي الالتزام بالإخلاص والأمانة أن يمتنع كل من الزوجين عن إقامـــة علاقات مع غير زوجه ، وتتساوى في هـذا الالـتزام شـريعة الربـانيين وشريعة القرائين .

(أ) وفي شريعة الربانيين :

يمثل زنا الزوجة سبباً يعطى للزوج طلاقها بغـــير حقـــوق ، ولا تقصـر شريعة الربانيين الإخلال بهذا الالتزام على ارتكاب الزنا وحده ، وإنما تمتد إلى مقدمات الزنا أو ذرائعه ، كاختلاء الزوجة برجل أجنبي نهاها زوجـــها عنه ، أو خروجها عن اللياقة والحشمة [٢] .

وإذا أخل الزوج بهذا الالتزام ، كان لزوجته أن تطلـب الطــلاق ، ولكـن يلاحظ أن شريعة الربانيين تتطلب لإجابة طلب الزوجة إلـــى الطــلاق أن يكون الزوج قد اعتاد على الزنا .

(ب) وفي شريعة القرائين :

يمثل إخلال الزوجة بالالتزام بالإخلاص سبباً يوجب على الـزوج طلاقـــها بلا حقوق ، ويتساوى مع زنا الزوجة ، أن تعرض نفسها في الأسواق بـــلا علم زوجها ، أو تأتي ما يسئ إلى سمعتها أو يدعو إلـــى الريبـــة فيـــها ، وإخلال الزوج بهذا الالتزام يعطيها حق الطلاق [٣] .

---

(١) شعار الخضر – ص ١١٢ وما بعدها .

(٢) المواد (١٧٩ – ١٨٠) من كتاب ابن شمعون .

(٣) شعار الخضر – ص ١٢٨ .

ثالثاً : الالتزام بالإنفاق :

يقع على عاتق الزوج الالتزام بالنفقة فلا تلزم الزوجة بالإنفاق على زوجها حتى ولو كان معسراً ، إلا أنه إذا قامت الزوجة بالإنفاق على نفسها من مالها ، فإن ذلك يعفيه من التزامه بالإنفاق عليها .

أ) وفي شريعة الربانيين :

يلتزم الزوج بكل ما يلزم زوجته من طعام وكسوة ، كما يلتزم بمصروفات علاجها إذا مرضت وفدائها من الأسر ، وعليه نفقات تجهيزها ودفنها عند مماتها ، والزوج هو الذي يلتزم بالنفقة ، ويجب عليه أن يؤديها اختياراً فإذا امتنع فإنه يؤديها إجباراً حيث يكون لها أن تطلب الحكم بإلزامه بالنفقة فيقدر لها مبلغاً يدفع لها بصفة دورية لتنفق منه على نفسها ، وإذا كان الزوج غائباً ، كان لزوجته أن تنفق من ماله على نفسها ، ولها أن تلجأ إلى القضاء ليحكم لها بالنفقة ، ويحجز على أمواله لبيعها تنفيذاً لحم النفقة [١] .

وإذا لم يكن للزوج مال واستدانت الزوجة لتنفق على نفسها حال غياب زوجها لزمه الدين .

ويراعى في تقدير النفقة حال الزوج ، فإذا كان فقيراً فلا يجب عليه إلا الضروري ومع ذلك فإنه تجب مراعاة حال الزوجة أيضاً ، فإذا كان من أسرة غنية وزوجها موسراً ، فإنه يجب عليه أن يوسع عليها بقدر معيشة أهلها [٢] ، وتستمر النفقة من وقت العقد ، وطيلة الزوجية ما لم تسقط لنشوز الزوجة ، وإذا أنفقت الزوجة من كدها ، فليس لها أن تطالب زوجها، ولكن ما يفيض يكون لها دونه [٣] .

---

(١) المادة (١١٠) من كتاب ابن شمعون .

(٢) مادة (١٠٧) من كتاب ابن شمعون .

(٣) مادة (٢٢١) من كتاب ابن شمعون .

وفي شريعة القرائين :

يلتزم الزوج بالإنفاق على زوجته ، وتشمل النفقة ما تحتاجه المـــرأة مـــن مسكن وطعام وكسوة بقدر ما في وسع الرجل ، كما تشمل النفقة مصـــاريف علاجها إذا مرضت حتى يتم شفاؤها ، وما يلزم لافتدائها من الأسر حتـــى لو تكرر ذلك [١] .

وإذا غاب الزوج دون أن يعطى زوجته مالاً للإنفاق منه ، كـــان لـــها أن تحصل على حكم ببيع أمواله لتنفق منـــها ، وإذا أخـــل الـــزوج بالتزامـــه بالإنفاق على زوجته ، فإن لها أن تطلب الطلاق ، فضلاً عن حقـــها فـــي التنفيذ الجبري على أموال المدين ، إضافة إلى الإكراه البدنـــي ، إذا كـــان الزوج قادراً على الإنفاق وامتنع عن تنفيذه [٢] .

رابعاً : الالتزام بالعون والمساعدة :

ومن الالتزامات التي تقع على عاتق كل من الزوجين لحق الآخر ، الالتزام بالعون والمساعدة ، وهو يعني العشرة بالمعروف ، والتعامل على أســـاس ما يعرضه عقد الزواج من تعاطف ومودة .

أ) وفي شريعة الربانيين :

تبدو مظاهر هذا الالتزام في بعض النصوص التي وردت في كتـــاب ابـــن شمعون والتي منها أن على الزوجة أن تخدم زوجها كشخصها ، وأن تخـــدم بيتها وترضع أولادها ، إذا كان الزوجان فقيرين ، وعلى الزوجة أن تعنـــي بزوجها أثناء مرضه ، كما أن على الزوج أن يعالج زوجتـــه إذا مرضـــت حتى تشفى ، كما يحتم هذا الالتزام أن يعاون كل من الزوجين الآخر فـــي عمله دون أن يطلب لذلك أجراً .

---

(١) شعار الخضر – ص ١١٤ .

(٢) د. عبد الودود يحي – ص ٢٤٧ .

(ب) وفي شريعة القرائين :

يجب على الزوج أن ينفق على علاج زوجته وأن يعاونها بخادمة إذا كـــان ميسوراً ، وعلى الزوجة أن تعتني بزوجها عند مرضه ، وأن تخدمه قـــدر طاقتها وتجيز للزوج أن يستفيد مما تكسبه من كد يدها [1] .

---

(١) شعار الخضر – ص ١١٦ .

الفصل الثاني

آثار الزواج بالنسبة للأولاد

يرتب الزواج - إضافة إلى الحقوق والالتزامات المقررة لكل من الزوجين، حقوقاً للأولاد يقابلها واجبات متبادلة بينهم وبين آبائهم ، وهذه الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء والأبناء تظل ثابتة ولا تتأثر بانقضاء رابطة الزوجية بين الوالدين بالوفاة أو الطلاق .

ومن سمات الحقوق الناشئة عن علاقة الأبناء بالآباء ، أنها ترتب في علتق الآباء واجبات من أهمها حسن العناية بأولادهم وتربيتهم وتعليمهم حتى يصلوا إلى السن التي تمكنهم من مواجهة أعباء الحياة بأنفسهم ، وذلك في مقابل أن يحترموا والديهم ويحسنوا معاملاتهم ، وهذه كلها واجبات دينية وأخلاقية وأدبية ، وإن كانت طبيعتها تلك ، لا تمنع من ترتيب جزاء قانوني على مخالفتها [1] .

وبجانب تلك الالتزامات الأدبية ، هناك التزامات أخرى ، منها ذلك الالتزام المتبادل بالإنفاق بين الآباء والأبناء ، وهذا الالتزام ينشأ بسبب القرابة ، التي تقوم على إثبات نسب الأبناء لآبائهم .

ومسألة ثبوت النسب هذه ، تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التي وردت في المادة (١٣) من قانون نظام القضاء ، ولذلك فإنها تخضع للأحكام المقررة في الشرائع الطائفية إذا توافرت شروط تطبيقها [2] .

---

(١) قارن : د. عبد الودود يحي – السابق – ص ٢٤٩ .

(٢) د. توفيق فرج – ص ٧٠ ، ص ٧٤١ ، د. عبد الودود يحي – ص ٢٥٠ .

ومع ذلك فإن مسألة ثبوت النسب قد تثار استقلالاً أثناء حياة الشخص المطلوب إثبات النسب منه ، وقد تثار في دعوى إرث تركات غير المسلمين ، ولهذا قررت محكمة النقض : إن دعوى النسب لا يمكن رفعها استقلالاً بالنسبة للنسب وحده ، إلا إذا كان الشخص المطلوب إثبات النسب منه حياً ، فإذا كان قد توفي ، فلا يمكن أن تثار مسألة النسب إلا ضمن دعوى حق في التركة يطلبه المدعي مع الحكم بثبوت نسبه (١) .

فإذا رفعت دعوى النسب استقلالاً وتوافرت شروط تطبيق الشريعة الطائفية للخصوم طبقت هذه الشريعة وألا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق ، أما إذا أثيرت مسألة النسب بمناسبة دعوى إرث ، فإن إثبات النسب يتم طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، مهما كانت ديانة الخصوم ، سواء توافرت شروط تطبيق الشريعة الملية أو تخلفت ، لأن مسألة النسب تعتبر مسألة أولية يجب الفصل فيها ، قبل الفصل في دعوى الميراث ، ولما كانت الشريعة الإسلامية هي التي تحكم الميراث ، حتى بالنسبة لغير المسلمين ، فيجب أن يخضع لأحكامها أيضاً ثبوت النسب (٢).

ومن ثم يبدو أن مسألة النسب قد تثار بصدد دعوى إرث ، وفي هذه الحالة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، باعتبار أنها الشريعة التي تحكم الميراث بالنسبة لجميع المصريين على اختلاف دياناتهم ، وقد تثار مسألة النسب استقلالاً ، وهذا لن يكون إلا أثناء حياة الشخص المطلوب إثبات النسب منه ، وفي هذه الحالة تخضع لأحكام الشرائع الطائفية إذا توافرت

---

(١) نقض مدني في ١٩٤٢/٦/١٨ – مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً – جـ١ – رقم ١٧ – ص ١٣٥ وما بعدها .

(٢) د. عبد الودود يحي – ص ٢٥١ .

شروط تطبيق هذه الشرائع ، ويقتضي هذا أن نعرض القواعـــد الخاصـــة بثبوت النسب في كل من الشريعة المسيحية والشريعة اليهودية [1] .

المبحث الأول

مبادئ ثبوت النسب في الشرائع المسيحية

(أ) في شريعة الأقباط الأرثوذكس :

اهتمت المجموعات الخاصة بالأقباط الأرثوذكس بتنظيم مسألة ثبوت النسب سواء أثيرت هذه المسألة حال قيام الزواج أم بعد انحلاله :

أولاً : إذ أثيرت مسألة ثبوت النسب حال قيام الزواج ، فالقاعدة المقررة فـي هذا الشأن : أن الولد للفراش ، ومعنى ذلك أن الولد الذي تلده الزوجة حـال قيام الزوجية بينها بين زوجها يثبت نسبه للزوج ، وهذه القـــاعدة مقـــررة لصالح الأولاد ، ومع ذلك فإنها بمثابة القرينة التي تقبل إثبـــات العكـس ، حيث يجوز للزوج أن ينفي نسبة ولـــده إليـــه ، وفـــي شـــريعة الأقبـاط الأرثوذكس تقرر المادة (٨٢) من مجموعة ١٩٥٥ ، أن أقل مـــدة الحمـل هي ستة أشهر ، وأكثرها عشرة أشهر على أساس حساب الشـــهر ثلاثيـن يوماً ، فإذا ولدت الزوجة في تمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقد الـزواج ثبت نسبه للزواج [2] ، ورغم تحديد تلك المدة فإن الزوج يستطيع أن ينفـي الولد ، وإذا أثبت أنه في الفترة التي بين اليوم السابق على الولادة بعشـــرة

---

(١) د. عبد الودود يحي – السابق ، د. توفيق فرج – السابق ، قارن ما ذهب إليه د. ســـمير تنـــاغو – أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين– ص ٣١٠ ، حيث يرى أن الشريعة الإسلامية هـــي التـــي يجب تطبيقها ، سواء رفعت دعوى النسب بصفة مستقلة ، أم بصفة دعوى إرث ، وهو مـــا نؤيـــده وترجح العمل به .

(٢) مادة (٨٤) من مجموعة ١٩٥٥ .

أشهر ، واليوم السابق عليها بستة أشهر ، كان من المستحيل [illegible] مادياً أن يتصل بزوجته بسبب بعد المسافة بينهما ، أو بسبب وجوده في السجن أو لأي حادث آخر [1] .

فإذا لم تقم هذه الاستحالة ، فإن الزوج لا يستطيع نفي نسب المولود له إلا لعلة الزنا إذا كانت الزوجة قد أخفت عنه الحمل والولادة ، ومن ثم فإنه لا يستطيع أن ينفي النسب بادعائه عدم القدرة على الاتصال الجنسي [2] ، وهو لا يستطيع أن ينفي النسب إذا حضر التبليغ عن الولادة ، أو قام بالتبليغ عنها ، أو إذا ولد الولد ميتاً أو غير قابل للحياة [3] ، وكذلك إذا هنئ بالولد أو أقام له احتفالاً بمناسبة مولده ، أو غير ذلك من الأمور التي تفيد إقراره الضمني به .

ثانياً : إذا أثيرت مسألة ثبوت النسب بعد انحلال الزواج ، فالقاعدة عند الأقباط الأرثوذكس : أن أقصى مدة للحمل عشرة شهور ، فيثبت نسب الولد لأبيه إذا ولد خلال العشرة شهور التالية لانحلال الزواج بالوفاة أو بالتطليق ، وأما إذا ولد بعد ذلك ، فوفقاً للمادة (٨٧) يجوز للزوج في حالة رفع دعوى الطلاق أن ينفي نسب الولد الذي يولد بعد مضي عشرة أشهر من تاريخ القرار الصادر بالترخيص للزوج بالإقامة في مسكن منعزل ، أو قبل مضي ستة أشهر من تاريخ رفض الدعوى أو الصلح ، والفرق بين الحالتين ، أن إقامة كل من الزوجين في مسكن منعزل يفترض عدم اتصالهما فيجوز للزوج أن ينفي الولد الذي يولد بعد أكثر من عشرة شهور من تاريخ الانفصال رغم أن الزواج لم ينحل بعد ، وما إذا رفضت دعوى

(١) مادة (٨٤) من نفس المجموعة .

(٢) مادة (٨٥) .

(٣) مادة (٨٦) .

الطلاق ، أو تصالح الزوجان ، كان للزوج أن ينفي نسب الولد الذي يولد لأقل من ستة شهور من تاريخ عودة الحياة المشتركة ، وفي الحالتين لا تقبل دعوى نفي النسب ، إذا ثبت حصول اتصال بين الزوجين (١) .

وفي جميع الأحوال التي يجوز فيها نفي نسب الولد يجب على الزوج أن يرفع دعواه في ظرف شهر من تاريخ الولادة ، إذا كان حاضراً وقتها ، أو من تاريخ عودته إذا كان غائباً أو تاريخ علمه بها إذا كانت قد أخفيت عنه(٢) .

ثالثا : وأما بالنسبة للولد الذي يولد قبل زواج أبويه ، فإنه يجوز تصحيح نسبه ويعتبر ابناً شرعياً بزواج والديه اللاحق ، وإقرارهما ببنوته إما قبل الزواج أو حين حصوله فإذا لم يقم الزوجان بهذا الإجراء ، فإن الولد يظل ابناً غير شرعي ، ولا يصح نسبه بزواج والديه اللاحق (٣) .

ويلاحظ أن وفاة الابن لا تحول دون تصحيح نسبه . إذا كانت له ذرية ، وفي هذه الحالة تستفيد ذريته من ذلك التصحيح (٤) ، وإذا تم تصحيح نسب الأولاد بالزواج اللاحق لوالديهم ، فإن هؤلاء الأولاد يعتبرون أولاداً شرعيين ويكون لهم من الحقوق وعليهم من الوجبات ما هو مقرر للمولودين من هذا الزواج (٥) .

---

(١) د. عبد الودود يحي – ص ٢٥٣ .

(٢) مادة (٥٩) من مجموعة ١٩٥٥ .

(٣) د. عبد الودود يحي – السابق ، د. توفيق فرج – ص ٧٥١ .

(٤) مادة (٩٣) من مجموعة ١٩٥٥ .

(٥) مادة (٩٤) .

الإقرار بالنسب وادعاؤه :

وإذا كان النسب يثبت بالفراش ، وبالزواج اللاحق ، فإنه يثبت كذلك بالإقرار ، ويشترط لصحة هذا الإقرار أن يكون المقر له مجهول النسب ، فإذا كان له نسب معروف فإنه يناط به ، وأن يكون المقر بالغاً رشيداً ، وأن يكون بينهما فارق في السن يسمح بأن يولد للمقر قبل المقر له .

ويجوز أن يدعي مجهول النسب أن رجلاً أبوه ، أو على امرأة أنها أمه ، وفي هذه الحالة يقبل إقراره إذا كان في سن تسمح بأن يولد مثله لمثل المدعي عليه ، وصدقه هذا الأخير ، فإذا ثبتت أبوتهما [1] يكون عليه ما للأبوين من حقوق ، وله عليهما ما للأبناء من النفقة والحضانة والتربية .

ويقتصر أثر الإقرار على المقر وحده ، لأن الإقرار حجة قاصرة عليه ، ويترتب على ذلك أن إقرار الأب بالبنوة دون الأم لا يؤثر إلا على الأب وحده ، والعكس بالعكس ، وكذلك الأمر إذا أقر أحد الزوجين أثناء الزواج ببنوة ولد غير شرعي رزقه به قبل الزواج من شخص آخر غير زوجه ، ولا يجوز له أن يضر بهذا الزواج ولا الأولاد المولودين منه .

ولما كان هذا الإقرار يمكن أن يكون ضاراً ببعض الأشخاص كالورثة ، وذلك لأنه يسوى بين المقر له وبينهم في الحقوق ، ولهذا فإنه يجوز لكل ذي شأن أن ينازع في إقرار الأب أو الأم بالبنوة ، وفي إدعاء الولد لهما[2]

إثبات نسب الأولاد غير الشرعيين قضاء :

ويجوز للقضاء أن يحكم بثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين من أبيهم في أحوال معينه مثل الخطف أو الاغتصاب إذا كان زمن حصولها معاصراً

---

(١) مادة (٩٦) .

(٢) المواد (٩٨ – ١٠٠) من مجموعة ١٩٥٥ .

لزمن الحمل ، وفي حالة الإغراء أو الاحتيال ،أو استعمال السلطة الأدبية، أو الوعد بالزواج .

طبيعة الحق في الإنجاب :

وقد يكون من المفيد في مجال فقه الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم معرفة طبيعة الحق في إنجاب الأولاد ، سيما بعد أن أصبحت القضية السكانية تحبذ ذلك من منطلق المحافظة على حقوق الأبناء ونجاح خطط التنمية لاقتصادية التي تعد الزيادة السكانية من أبرز معوقاتها ، وليس في فقه غير المسلمين ما يشير إلى طبيعة هذا الحق ، وما قرره الإسلام فيه لا يختلف النظر فيه باختلاف الشرائع ، ومن ثم فإنه يصلح للجميع ، وقد أصبحت أهمية القضية السكانية في مصر غير خافية على أحد، حيث وصلت في أهميتها إلى أن أصبحت هي أساس أمن مجتمعنا ومستقبله ، وحين نقول : الأمن إنما نقصد معناه الشامل ، وهو الأمن الاجتماعي ، والأمن الاقتصادي ، والأمن السياسي ، والأمن الجنائي، وكافة وجوه النشاط في المجتمع ، فالقضية متصلة بكل هذا، وهي أساسه، والعامل المحرك له ، ومن ثم كانت على درجة فائقة من الأهمية للدين والدنيا معاً .

وغاية الإسلام تتمثل في تحقيق الخلافة للإنسان على الأرض حتى يستطيـــع أن يعمرها وأن يقوم بعبادة ربه كما أمر في قـــوله تعالى: " وما خلقــت الجــن والانـــس إلا ليعبدون [1] " ، والقيام بالعبادة يقتضي أن يتوافر للعبد المناخ الملائم لحياته ولوجوده ، على نحو يكون به كريماً قادراً على الحركة الفاعلة في المجتمع ، والقيام بما أوجبه عليه ربه .

---

(١) ســــورة "الذاريات" – الآية ٥٦.

والأسرة هي المناخ الإنساني الملائم لتلك الغاية ، ولذلك جعلها الشارع أساس المجتمع ، بل جرت سنته في خلقه على أن يوجد النوع الإنساني وغيره من ذكر وأنثى لذلك ، وأولاها من العناية والأحكام ما يضمن صلاحيتها للغرض الذي وجدت من أجله ، ومن استقراء تلك الأحكام يستبين أن القدرة الاقتصاديـــة الكافية للحياة الإنسانية من ضمن تلك الأحكام وهي تبرز أهمية القضية السكانية ، وتؤدي بالضرورة إلى جواز بل مشروعية الأعمال التي توصل إلى تنظيمها والسيطرة على الزيادة الشاردة أو غير المنضبطة فيهـــا ، ومن ذلك ما يلي :

أولاً : حين يبدأ تكوين الأسرة أرشد الراغبين في الزواج – ومنذ البداية، وعند التفكير فيه – أن يكون لديهم من القدرة الاقتصادية ما يكفي لقيام الأسرة ، وأن العجز الاقتصادي مانع من قيامها بل يجعل الإقدام على أسبابها ومنها الخطبة وعقد النكاح من المحرمات، يقول النبي – صلى الله عليه وسلم – : " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء " [1] ، والباءة ، هي القدرة بمعناها العام الذي يشمـــل النفس والمال ، وكل ما يمنع الظلم الناشئ عن عقد النكاح وآثاره ، ومنها الولد ، ولا يتنافى ذلك مع ما روي أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " من ترك النكاح مخافة العيال فليس منا ثلاثاً "[2] ، لأنه – على فرض صحته – مختص بحال القادر على النكـــاح لا العاجز عنه الذي يجزم بأنه سيوقعه في الظلم أو يغلب على ظنه ذلك

---

(١) رواه البخاري ومسلم ، واللفظ لهما ، وأبو داود والترمذي والنسائي .

(٢) كنز العمال – للمتقي الهندي – رقم ٤٤٤٦٠ – مكتبة التراث الإسلامي .

فيكون خارجاً عن دلالة هذا الحديث ، وعموماً فإنه لم يصح [1] ، وليس المراد بالمال ما يكفي لقيام الزواج فقط ، بل ما يترتب عليه من آثار ومنها الحقوق المالية التي تكفل تربية الأبناء تربية سليمة، وتكفى المجتمع عناء الإنفاق غير المفيد على زيادة لا تجد العائل ولا يرجى منها نفع ، ويكون السبب فيها اندفاع عاجز عن الرعاية يجري وراء إشباع الغريزة دون تحسب للعواقب ، وتكون النتيجة : وجود نسل خائب لا يجد القوت ، ولا الفرص الاجتماعية التي تكفل له وجوداً نافعاً ، وعلى أساس ذلك فإن من يعجز عن القيام بأعباء النكاح ، ومنها ما يلزم الأبناء من نفقات يكون إقدامه عليه حراماً ، لايجوز فعله ، لأنه سيكون ذريعة إلى الظلم والضياع ، وهما محرمان في شرع الله وذريعة المحرم محرمة ، كما هو مقرر في قواعهد أصول الفقه : أن ما يؤدى إلى الحرام يأخذ حكمه .

ثانياً : في مجال رعاية الأبناء أوجب الشارع على الآباء أو من يقومون مقامهم أن يكفلوا لهم حياة اقتصادية تؤدي إلى عدم ضياعهم ، وفي هذا يقول النبي – صلى الله عليه وسلم – : " كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول "[2] وفي رواية : " من يقوت " ومن أسباب الضياع أن يشرع المرء في اتخاذ أسباب الإنجاب دون أن يكون مؤهلاً اجتماعياً لها ، ولا شك أن من شأن ذلك أن يؤدي إلى جملة من الآثام أخطرها ما يتعلق بإهدار الحقوق المقررة في الشريعة للأبناء حيث تهدر تلك الحقوق ، ويصبح

---

(١) الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة للشوكاني – ص ١٢٥ – طبعة السنة المحمدية ، وتذكرة الموضوعات للفتني – ص ١٢٤ – طبعة بيروت .

(٢) رواه أبو داود والنسائي ، والحاكم ، وقال : صحيح الاسناد .

الأبناء محرومين منها ، وذلك كله حرام ، لأن ضياع حقوق الناس من الحرام ، ويخالف قول الله تعالى : " وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيراً "[1] ، وأولى الأقارب بإيتاء هذا الحق : الولد الذي هو بعض أبيه أو عمره الباقي بعده ، وقد روي مسلم أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " إن لولدك عليك عليك حقاً " ، قال النووي في شرحه على صحيح مسلم : إن على الأب تأديبه وتعليمه ما يحتاج إليه من وظائف الدين والدنيا وهذا واجب على الأب قبل بلوغ الصبي والصبية نص عليه الشافعي ، وقال : وعلى الأمهات أيضاً هذا الواجب إذا لم يكن له أب ، لأنه من باب التعليم ولهن مدخل في ذلك [2].

ثالثاً : لقد قرر الفقهاء أن الولد أو إنجاب النسل حق للوالدين معاً وذلك ما ذهب إليه أئمة المذاهب الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد، ولهذا لا يجوز العزل عندهم إلا بإذنها لما رواه عمر – رضي الله عنه – : " نهي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يعزل عن المرأة إلا بإذنها "[3] ، ومعنى أنه حق أي أنه عمل إرادي يكون لقرار الأفراد أو الزوج والزوجة فيه دخل مؤثر في وجوده أو عدمه، وذلك من منطلق أن من يملك حق النسل أو الإنجاب عند القدرة الطبيعية عليه ، وتوافر الأسباب العادية لوجوده ، يملك منعه ، أو تأخيره أو تنظيمه ، بما يقدر معه على تنظيم حياته ، وإعادة التوازن المطلوب بين وجود تلك النفس ،

(١) سورة الإسراء – آية ٢٦ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي – جـ ٨ – ص ٤٣ ، وما بعدها .

(٣) الدر المنثور للسيوطي – جـ ١ – ص ٢٦٧ – دار الفكر ببيروت ، سنن ابن ماجه – رقم ١٩٢٨ – طبعة الحلبي ، والطب النبوى للذهبى – ص ١٣٤ – طبعة الحلبي .

أو مولد الولد وبين الحياة الملائمة لتربيته ، ونموه بأسلوب صحيح ، وفي بيئة ملائمة .

رابعاً : أنه لا يجوز النظر إلى الأدلة الواردة في مشروعية النكاح والتناسل منعزلة عن الأدلة التي تحدد ضوابط ذلك ، بل يجب تقييدها بها، لما هو مقرر من أنه إذا ورد دليل مطلق ، ودليل مقيد ، فإنه يجب حمل المطلق على المقيد ، ومن ذلك حديث النبي – صلى الله عليه وسلم : " تناكحوا تناسلوا تكثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة"(١) ، فليس المراد من الأمر بالنكاح والتناسل في الحديث – على فرض صحته – هو الوجوب المطلق ، بل الإرشاد والإباحة التي يمكن أن تتحول إلى حرام أو مكروه عند العجز عن القيام بالحقوق أو الشك في ذلك ، ولأن كثرة التناسل ليست مقصودة لذاتها ، فذلك ما لايتصور عقلاً بل ولا يشهد له الواقع، بـــدليل ما نراه من أن الكثرة في كثير من الأحيان لا يمكن أن تتحقق بها مباهاة ، وذلك فيما لو كانت كثرة جاهلة أو متخلفة ، أو مريضة أو فقيرة تتسول طعامها وشرابها وضرورات حياتها من غيرها ، وذلك من شأنه أن يؤدي إلى أهمية ربط المطلق بالمقيد كما قرر علماء أصول الفقه .

خامساً : من الخطأ أن يعتقد البعض أن ضمان الله لرزق عباده الوارد في قوله تعالى : " وفي السماء رزقكم وما توعدون "(٢) ، وقوله تعالى :

---

(١) أخرجه عبد الرازق في مصنفه – جـ ٦ – ص ١٠٣٩١ ، والحديث صنفه الألباني في ضعيف الجامع – رقم ٢٤٨٤ .

(٢) سورة الزاريات – أية ٢٢ .

" وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها "[1] ، يمكن أن يكون معوقاً للسعي في طلبه ، واتخاذ الأسباب المحصلة له ، بما يحقق للإنسان الغنى، وعفة النفس عن ذل السؤال ، بل وتحقيق العزة التى أرادها الله للمؤمنين حتى يكونوا قدوة لغيرهم في العمل والعطاء ، ذلك أنه من المقرر شرعاً أنه إذا كان للأمر متعلقان ، أحدهما اعتقادي غيبي يتصل بجانب الله عز وجل ، وما قدره بعلمه للإنسان من رزق ، وثانيهما تكليفي حسي يتعلق بالتماس الأسباب والسعي في مناكب الأرض بالعمل والإنتاج تحصيلاً لهذا الرزق ، فإن التكليف يتعلق بالجانب الحسي من هذا الأمر ، ويكون هو مناط التكليف والالزام ، وذلك لما ورد في الأثر: " أن الله قد أراد بنا أشياء وأراد الله منا أشياء فلا يجوز أن ننشغل بما أراده الله بنا عما أراده منا " ، ومن ثم فإنه لا يجوز أن يقعد الإنسان عن العمل والتماس الرزق اتكالاً على أنه مقسوم ومقدر ، بل من الواجب عليه أن يسعى لطلبه ، وأن يبذل جهده للحصول عليه ، ويكون اتخاذ التدابير اللازمة في إطار تلك الأسباب أمراً مشروعاً ، بل ومطلوباً ، وكما يقول الإمام الغزالي في الإحياء : إن الخوف من كثرة الحرج بسبب كثرة الأولاد والاحتراز من التعب في الكسب ودخول مداخل السوء غير منهي عنه ، لأن قلة الحرج معين على كمال الدين ، كما أن النظر إلى العواقب وحفظ المال وإدخاره مع كونه مناقضاً للتوكل : لا نقول إنه منهي عنه ، ويجوز الإقدام عليه .

سادساً : أن التوازن بين الفرد والمجتمع يعتبر من أوجب الواجبات الشرعية التي يكلف بها الأفراد ، فإن المجتمع يمثل وعاء الأحكام

---

(1) سورة هود – آية ٦.

الشـــرعية ، وحـــافظ مقوماتها وهو الأساس في بقائها بل والقيام بها ، وهـــذا الأمـــر واضـــح في ثنايا الفروع الفقهية التي تتوافر في إثبات أن المجـــتمع الذي نعيش فيه والبلد الذي نحيا عليه بأرضه وسمائه ويابسه ومائـــه ، هو من لوازم الحكم الشرعي ، وذلك لما هو مقرر أن لكل حكم شرعي مكاناً يقع عليه ، وزماناً يحدث فيه ، فإذا ما أهدر أمن هذا الوطن أو الـــبلد الـــذي يحيا عليه المجتمع من أي جانب يلزم لبقائه ، ومنه - بـــالعص[illegible] الاقتصادي . يكون مؤدي ذلك إهدار مقومات الدين وأسســـه ، وضـــياع الأحكـــام الشرعيه [illegible] الاسلام بذل الـــنفس دفاعاً عنه ، فضلاً عن منع أنفس لا تتوافر لها أسبـــاب البعـــ أو الوجـــود الكريم ، إذا تعين هذا الأمر طريقاً لمنع ضرر محقق ، ومن المؤكـــد أن الإخلال بالتوازن بين الفرد والمجتمع يؤدي إلى اضطراب في العلاقـــة بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع ، بسبب تركيز الفرد على ما يـــأخذه لمجابهة أغراضه وتطلعاته دون اكتراث بحقوق الآخرين ، وهذا يـــؤدي إلـــى الإخـــلال بمـــبدأ المســـاواة بين أفراد المجتمع في الحقوق والواجـــبات ، واســـتئثار بعضهم بقدر من الانتفاع الوارد على المرافق العامة يفوق ما يأخذه الآخـــرون في الوقت الذي لا تتســـع فيه للكافـــة أو الـــزيادة المضـــطردة ، وهذا ظلم وفساد طفحت آثاره ، وأدى بنا إلى التصارع على أبسط مقومات الحياة وضروراتها ، والتنافس على فرصة للحـــياة الكريمة دون الحصول عليها إلا بشق الأنفس ، حتى أصبح فساد هـــذا المسلك واضحاً يحتاج إلى علاج حاسم ، وقد عالج الفقهاء مسألة التـــنافس علـــى المـــباحات عند التزاحم عليها ، بما قرروه في عدد من الفروع الفقهية ، منها حق (الشفة) أو الشرب أي حق الكائن الحي في أن يأخذ كفايته وما تقوم به حياته من المياه اللازمة لشربه من مواردها

العامـــة كالترع والأنهار والجداول وأمثالها ، فإن هذا الحق من المباحات العامـــة لكل من يحتاج إليه ، فإذا ما حدث تزاحم على طلب الماء ، فإن الحكـــم ســـيختلف ، حيث سينتقل من الحق العام إلى الحق الخاص الذي يتحدد بحصة معينة أو وقت دوري محدد ، ولهذا قرر الفقهاء أن للحاكم أن يـــتدخل بالتنظيم الذي يقيد استعماله ، وقد يكون من بينه الانتقال به مـــن عمـــوم الانتفاع إلى تخصيصه بحيث يكون الأخذ منه مقيداً وليس مطلقاً وذلك استهداء بقوله تعالى في ناقة ثمود – عليه السلام – : " هذه ناقـــة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم "[١] ، وقوله تعالى : " ونبئهم أن المـــاء قسمة بينهم كل شرب محتضر "[٢]، ويجوز أن يكون مقابل جعل مالي أو عمل معين ، كما فعل نبي الله موسى لابنتي شعيب عندما عجزتا عـــن ســـقى مواشيهما لشدة الزحام وعدم قدرتهما على مدافعته ، حيث ســـقى لهمـــا ، وأوفاه والدهما شعيب أجره ، كما حكي القرآن الكريم : " قالت أن أبى يدعوك ليجزيك أجر ما سقيت لنا " ، ومعلوم أن هذا الأجر ، وارد علـــى عمـــل يدخـــل فـــي باب المباحات التي تحولت إلى معاوضة بالتزاحم عليها ، والقصة وإن كانت في شرع من قبلنا ، إلا أنها شرع لنا لورود الأدلة عليها ، ويقترب منه في عصرنا الحاضر ، ما تم عمله من تخصيص بعض الأماكن في الشوارع لانتظار السيارات نظير مبلغ دوري عن كل وقت ، مع أن الشوارع من المباحات التي يتساوى فيها الجميع ، وذلـــك كلـــه في إطار ما قرره الفقهاء من أن للحاكم أن يقيد المباح في حـــدود المصلحة العامة ، وفي ضوء المبدأ المقرر بحديث النبي – صلى

---

(١) سورة الشعراء – آية ١٥٥ .

(٢) سورة القمر – آية ٢٨ .

الله علـــيه وســلم – : " لا ضــرر ولا ضرار "[1] ، وأرى أن إعادة هذا التوازن يعطي الحق للمجتمع في اتخاذ الدابير التشريعية والتعزيرية التي تحفظـــه أو تـــؤدي إلـــى إعادة وجوده ، وإلا فإننا سوف نظل في حالة الـــتردي التـــي تهـــدد بقاءنـــا ووجودنا ، ولا يعنى ذلك تقرير نوع من العقوبات الواردة في باب الجرائم ، فذلك غير وارد هنا ، ولكن المقصود مـــنه إيجاد مناخ يسمح باتخاذ تدابير جزائية تنتقل بفكرة الموضوع من مجـــرد الالـــتزام الأدبي المتروك لتقدير الأفراد إلى الالتزام الذي يفرضه المجـــتمع ، ويجـــب أن يـــتعاون الجميع في سبيل تلك الغاية الاسلامية والإنسانية الرشيدة .

---

(1) رواه أحمد وابن ماجه ، نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٥ – ص ٢٦٠ ، وسبل السلام للصنعاني – جـ ٣ – ص ١١٨ – طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود .

الباب الرابع

إنتهاء الزواج

الباب الرابع

إنتهاء الزواج

عقد الزواج وإن كان عقداً دائماً ومستمراً مدى الحياة ، إلا أنه مما يعتريه الانتهاء ، ويرد عليه الانحلال ، وإنتهاء الزواج يعنى انقضاؤه بعد أن نشأ صحيحاً ، وهو بهذا المعنى يختلف عن البطلان ، فرغم أن كلا منهما يؤدي إلى انتهاء عقد الزواج ، إلا أن البطلان لا يتقرر إلا في حالة افتقاد العقد لركن من أركانه أو شرط من شروطه ، بما لا يكون العقد في ظله قد نشأ صحيحاً ، لذلك فإنه يزول بأثر رجعي ، وقد بينت محكمة النقض هذا الفرق بين الانتهاء والبطلان في الزواج بقولها : " إن بطلان الزواج هو الجزاء الذي يترتب على عدم استجماع شرائط إنشائه الموضوعية منها والشكلية ، وهو ينسحب إلى الماضي بحيث يكون الزواج معه كانه لم يقم أصلاً ، وهو بذلك يختلف عن انحلال الزواج بالتطليق ، حيث يفترض قيام الزواج صحيحاً مستوفياً أركانه وشرائطه القانونية ، فيعد إنهاء للزواج بالنسبة للمستقبل مع الاعتراف بكل آثاره في الماضي " [1].

موقف الشرائع الطائفية من انتهاء الزواج :

من المعروف ابتداء أن الزواج ينتهي بأسباب منها الموت ، والتطليق بناء على أسباب معينة والطلاق في بعض الشرائع الدينية كاليهودية ، والتفريق الجسماني ، وإذا كان من غير المتصور قيام اختلاف حول الموت كسبب من أسباب انتهاء العلاقة الزوجية ، إلا أن غيره من

---

(١) حكم محكمة النقض في ١٩/١١/١٩٧٥ – س ٢٦ – ص ١٤٤٤ .

الأسباب التي تقوم على تصرفات بشرية من قبل الـزوج أو الـزوجـة لا تتمـتع بذلك الاتفاق حول طبيعتها ، وإنما اختلف فيها الشرائع اختلافاً كبيراً وصل إلى حد الاشتداد والاحتداد ، وإذا كان الطلاق أمراً مقرراً في الإسـلام واليهودية ، إلا أن غيرهما من الشرائع الدينية ، سيما الشريعة المسـيحية لا تعترف به ولا تقرره سبباً منهياً للزواج فيها ، لأنها تقرر مبدأ أبدية الزواج استناداً إلى قول المسيح – عليه السلام – وهو ما ورد في انجيل لوقا : " كل من يطلق امرأته ، ويتزوج بأخرى يزنى ، وكل من يـتزوج بمطلقـة من رجل يزنى ، من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ، ويلتصـق بامـرأته ، ويكون الإثنان جسداً واحداً إذ ليسا بعد اثنين ، بل جسد واحد ، فالذي جمعه الله لا يفرقه إنسان " (١).

ولمـا كان مبدأ أبدية الزواج يبدو قاسياً مع الواقع في ظل الحالات التي يكـون إنهاؤه فيها أمراً راجحاً ، فقد حدا ذلك ببعض الطوائف المسيحية إلـى التخفيف من غلواته ، مع تفاوت بينها في نطاق الخروج على هذا المـبدأ بـتقرير حـق أنهـا الزواج على سبيل على الاستثناء في بعض الحـالات علـى نحو ما هو مقرر لدى الأرثوذكس والبروتستانت ، ومن طبيعة الخروج على مبدأ أبدية النكاح في تلك الحـالات ، أنه كاستثنـاء لا يـتقرر بإرادة الطـرفين أو أحدهمـا بل بقـرار من السلطـة الدينية أو القضائية ، أما عند الكاثوليك ، فما زال مبدأ أبدية الزواج على اطلاقه ولا يـنحل إلا بـالموت ، ولا يـرد عليه أي استثناء طالما أن الزواج قد اكـتمل بالدخول ، والمخالطة الجسدية ، أما في حالة عدم اكتمال الزواج

(١) انجيل لوقا : ١٨/١٦ .

بأن كان خلواً من المخالطة الجسدية بين الطرفين ، فإنه يمكن حل رابطة الزوجية في حالتين هما :

أولاً : الترهبن الكبير ، أو الاحتفالي من أحد الطرفين .

ثانياً : التفسيح الذي يمنحه البابا لسبب معقول يترك لتقديره .

وفـي هاتيـن الحالتين ، تنتهي العلاقة الزوجية ، ويحق لكل من طرفيها الدخـول في زواج جديد ، وذلك بخلاف كانت تقرره تلك الطائفة بالنسبة للانفصـال الجسماني حيث يظل الزواج قائماً معه ، ويحرم على الزوجين الدخول في زواج جديد .

أسباب اختلاف الشرائع الطائفية حول انتهاء الزواج :

ويمكـن إرجاع أسباب اختلاف الشرائع الطائفية حول انتهاء الزواج إلى أمرين :

أولهما : أمر ديني يرجع إلى ما فهمته كل طائفة من دلالة عبارة انجـيل مـتى وقـد جاء فيها : " وقيل من طلق امرأته ، فليعطها كتاب طلاق، أما أنا فأقول لكم ، إن من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزني، ومن تزوج بمطلقة ، فإنه زنى " [1].

فقد تعامل رجال الكنائس الشرقية بصفة عامة والإنجيليون مع هذا النص علـى أساس أنه ليس نصاً مطلقاً من القيود ، وإنما يرد على المبدأ الذي يـنطوي علـيه ، وهو ابدية الزواج استثناء في حالة الزني ، ولم يقف الأرثوذكـس عند نطاق الاستثناء الذي تضمنه النص ، بل ألحقوا بالزنا ، الحـالات الأخرى المشابهة له في خطورته وتأثيره على عقد النكاح على سبيل القياس عليه ، ويوجد وجه الشبه بينه وبينها .

---

(١) انجيل متى : ٣١ ، ٣٢ / ٦ - ٩ / ١٩ .

وأمـــا الكاثوليك فقــد استنـــدوا إلى النص القائـــل : " فالـــذي جمعه الله لا يفـــرقه إنسان " ، ورأو أن دلالته على المطلوب واضحة لا تحتاج إلى تأويل ، وأنها تفيد أن النكاح لا ينتهي بأي شكل ، وأما ماذكر عن الطلاق في حالة الزنى بالنص الذي استند إليه أصحاب الرأي الأول فإنه لا يقصد بـــالطلاق فـــيه انقضـــاء رابطة الزوجية ، وإنما يقصد به : التباعد بين الزوجين في المعيشة ، مع بقاء الرابطة بينهما ، بدليل ما جاء بالنص : " أن مـــن تـــزوج مطلقة فإنه يزني " ، وهذا يفيد أن المطلقة لا زالت في عصمة الزوج الأول ، وأن علاقتها به لم تنفصم .

ثانيهما : الظـــروف السياسية التي مرت بها كل كنيسة كان لها تأثير واضح في التخفيف من غلواء مبدأ أبدية الزواج ، أو الأخذ به على إطلاقـــه ، ولقد كان للكنيسة الشرقية حظ من التعامل بحكم البيئة وأماكن الـــنفوذ من التأثر بالقانون الروماني أمام نفوذ الحكام في الدولة الرمانية الشرقية ، فجاء تطبيقهم للقانون الكنسى متأثراً بالأفكار التي يدعو إليها الأول ، ومنها تعدد أسباب الطلاق ، بيد أن الأمر لم يصل عندهم إلى حد إعطاء الأفراد حق الطلاق .

أما الكنيسة الكاثوليكية الغربية ، فقد شاء لها حظها الاستقلال والسيطرة فـــي كثـــير من الأحيان على التوجيهات العلمانية في بلادها ، مما جعلها مســـتمرة علـــى مـــبدأ أبدية الزواج ، بل كان لها تأثيرها على كثير من القوانين الغربية في الأخذ به ، وذلك كالقانون الفرنسي الذي مازال يعرف نظام الانفصال الجسماني ، مع أنه يقرر نظام التطليق .

طرق انتهاء الزواج :

ويمكـــن القول ، إن الزواج ينتهي بأحد طريقين ، أولهما : الطريق غير الإرادي ، وهـــو المتمـــثل في الموت ، وما يقوم مقامه من الوقائع التي

تأخذ حكمه كالفقد ، وموجبات التطليق أو التفريق الجسماني ، وثانيهما : الطريق الإرادي المتمثل في الاتفاق الودي على إنهاء الزواج ، والطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته ، وتعترف به بعض الشرائع غير الإسلامية ، كالشريعة اليهودية ، ونخصص لدراسة كل من هذين الطريقين لإنهاء النكاح فصلاً مستقلاً .

الفصل الأول
الأسباب غير الإرادية لانتهاء الزواج

الأسباب غير الإرادية لانتهاء النكاح تعود إلى الموت والفقد والأسباب التي يتقرر بمقتضاها قيام القاضي بتطليق الزوجة على زوجها أو التفريق الجسماني بينهما ، وسوف نخصص للحديث عن الموت والعقد مبحثاً ، وللأسباب الأخرى مبحثاً آخر .

المبحث الأول
إنتهاء الزواج بالموت والفقد

يعتبر الموت واقعة مادية تدهم العلاقة الزوجية فتقوضها من أساسها وتحكم عليها بالزوال والتلاشي ، يستوى في ذلك أن يقع الموت بالزوج أو الزوجة ، كما ينتهي الزواج بالموت الحكمي في حالة المفقود ، ونخصص لبيان كل من هذين الأمرين مطلباً .

المطلب الأول
الموت كسبب لانتهاء الزواج

والموت هو ضد الحياة ، وإذا كانت الحياة نشاطاً وحركة ، فإن الموت خمود تام وسكون مطلق لا يوجد فيه أدنى مظهر من مظاهر الحياة المعتبرة ، أو المستقلة في الوجود ، ولذلك فإن الموت يعنى انتهاء كافة

مظاهر الحياة في جميع أعضاء جسم الإنسان بحيث لا يبقى لها أثر فيها، وذلك بأن يموت المخ ويتوقف القلب والرئتان عن العمل ، وهو ما يعرف بالموت الإكلينكي ، فإذا مات المخ دون الجسم ، أو مات الجسم رغم بقاء مظاهر الحياة في المخ ، فإن الموت لا يتحقق في كل تلك الصور ، ولهذا يعـرف بظهـور علاماتـه ومنها سريان البرودة في الجسم واسترخاء القدمين ، وانخساف الصدغ ، واعوجاج جلد الوجه [1].

ورغـم أن أحكـام الموت تسرى منذ لحظة حدوثه ومنها انفصال رابطة الزوجية وانتهاؤها إلا أنه يفترض امتداد شخصية المتوفي لما بعد وفاته حـتى تصـفى تركـته ، ويسدد ما عليه من ديون ، وذلك إعمالاً للمبدأ المقرر في الفقه الإسلامي ، والذي أخذ به القانون ويقضي بأنه:" لا تركة إلا بعـد سداد الديون " ، وحكمة هذا الامتداد تتمثل في إقالة الدائنين من مشـقة مـتابعة ورثة المتوفي كل على حدة من ناحية ، وحماية هؤلاء الأخيرين من الالتزام بديون مورثهم من ناحية أخرى [2].

ويرى جانب من الفقه أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ، وهو ما يعنى انتهاء الشخصية بالموت ، دون داع لافتراض هذا الوجود ، وعلى أسـاس أن يضـمن الورثة ديون مورثهم في حدود ما آل إليهم من مال التركة [3].

---

(١) الفتاوي الهندية – جـ١ – ص ١٢٣ ، والمحلى لابن حزم – جـ٢ – ص ٥١١ .

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – المدخل لدراسة القانون – ص ٥٤٧ ، د. محمد شكري سرور – ص ١٥٢ ، وما بعدها ، د. محمد سامي مدكور – نظرية الحق – ص ٤٩ ، د. أحمد سلامة – نظرية الحق – ص ١٧٩ ، د. عبد الودود يحيى – مبادئ القانون – ص ٢٣٧ .

(٣) د. نعمان جمعه – المدخل لدراسة القانون – ص ٤٠٦ ، د. أحمد سلامة – السابق ، د. جلال العدوي – المراكز القانونية – ص ١١٢ ، د. عبد الودود يحي – السابق .

وإذا كانت العلاقة الزوجية تنتهي بالموت ، إلا أن افتراض بقاء الشخصية بعـــده يعـــد أمراً ضرورياً لاستيفاء الحقوق المالية الناشئة عن الزواج ، ومـــنها ديون النفقات وما يداين به أحد الزوجين الآخر بسبب قيام علاقة الزوجية بينهما ، أو تقرير حق له في ذمته .

المطلب الثاني

إنتهاء الزواج بالفقد

المفقـــود هو الشخص الذي يغيب عن موطنه وعن أهله بحيث لا يعرف حـــياته من موته [١] ، يقول السرخسي : " المفقود اسم لموجود هو حي باعتـــبار أول حالـــه ، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله ، وأهله في طلـــبه يجدون ، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون ، قد انقطع عليهم خبره ، واستتر عليهم أثره ، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد " [٢].

ويخـــتلف المفقود عن الغائب ، بأن الأخير هو الذي ترك وطنه راضياً أو مرغماً واستحال عليه إدارة شئونه بنفسه ، أو الإشراف على من يديرها نيابة عنه مما ترتب عليه تعطيل مصالحه أو مصالح غيره ، يستوى في

---

(١) راجع في هذا : د. على سيد حسن - الأحكام الخاصة بالمفقود - ١٩٨٤ - ص ١٧ ، دار النهضة العربية .

(٢) المبسوط للسرخي - جـ ١١ - ص ٣٤ - الطبعة الأولى ، وقارن : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢- ص ٥٦١ ، حيث يعرف المفقود بأنه : من انقطع خبرة ولكن يمكن اكتشاف أمره ، ويخرج من نطاق هذا التعريف من يقع أسيراً في يد العدو ، إذ أن خبره لم ينقطع ، وكذلك المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه ، وراجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٤ ص ٢٩٢ ، حيث يعرف المفقود بأنه الغائب الذي لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته .

ذلـــك أن تكون حياته محققة أو غيره محققة [1]، فإذا كان المفقود لا يعلم حياته من موته ، فإن الغائب يعلم محله [2].

وفقد الشخص يثير مسألتين :

الأولي : تختص بإدارة أمواله وهو غائب ، ليقتضى ماله ويوفي ما عليه .

الثانية : خاصة بتحديد أثر الغياب على شخصيته .

والمجموعـــة المدنـــية لـــم تتضمن تنظيماً لحالة المفقود ، وإنما أحالت بشـــأنها إلـــى الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة ، فنصت المادة (٣٢ مدنـــي) على أنه : " يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية " .

وقـــد تضـــمنت القوانين : ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (مادة ٨) [3]، والقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المادتان ٢١ ، ٢٢) وقانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أحكاماً خاصة بالمفقود ، ومنها :

إقامة وكيل عن المفقود :

إذا غاب إنسان فلم يعرف له مكان ، ولا يعلم حياته من موته ، كان أول مـــا يجب فعله هو الاحتياط في إدارة أمواله وحفظها واستيفاء حقوقه ، وقـــد نصـــت المادة (٧٤ من قانون الولاية على المال) أن المحكمة تقيم وكيلاً عن المفقود متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه [4]،

---

(١) د. مختار القاضى – ص ٩٣ ، د. عبد الودود يحيى – السابق – ص ٢٣٨ ، د. على سيد حسن – السابق – ص ١٧ .

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – ٥٤٩ ، د. جلال العدوي ص ١١٣ .

(٣) التي تقضي بأنه : " إذا جاء المفقود أو لم يجيئ ، وتبين أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول ، فإذا تمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول " .

(٤) ويجوز لزوجة الغائب أن تطلب الطلاق إذا تضررت من بعد زوجها عنها (المواد ١٢-١٤) من المرسوم الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وترتب على ذلك تعطيل مصالحه وتضيف المادة (٧٥) أنه : " إذا كان قد ترك وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافـرها فـي الوصي وإلا عينت غيره ويظل الوكيل عن المفقود إلى أن يعود ، أو يتيقن موته أو بالحكم من المحكمة باعتباره ميتاً وتسرى على الوكالـة عـن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر ، ويسـرى علـى الوكلاء عنهم الأحكام المقررة في شأن الأوصياء (مادة ٧٨ ولاية على المال) .

أحكام المفقود :

ودراسة أحكام المفقود يجب التمييز فيها بين ثلاث حالات :

الأولي : حالة المفقود طوال مدة فقده .

الثانية : الحكم بموت المفقود وأثره .

الثالثة : أثر ظهور حياة المفقود بعد الحكم بموته ، على زوجته .

أولاً : حالة المفقود طوال مدة فقده :

وفي هذه الحالة ، تقضى الأحكام الشرعية بأن المفقود يعتبر حياً في حق الأحكـام التـي تضـره ، وتترتب على ثبوت موته ويعتبر ميتاً في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وتترتب على ثبوت حياته [١].

ويترتب على ذلك :

أن مال المفقود لا يوزع على ورثته ، ولا ترفع عنه النفقة الواجبة عليه لمـن يعوله كزوجته وأولاده ، ذلك أن تقسيم التركة على الورثة ، ورفع الـنفقة أحكـام تترتـب على الوفاة ، فلا يجوز أن تنطبق على المفقود لاحتمال كونه حياً [٢].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٥٥١ ، د. عبد الودود يحيى – ص٢٣٨ وما بعدها .

(٢) د. على سيد حسن – ص ٧٦ وما بعدها ، د. محمد شكري سرور ص – ١٥٥ .

ومقتضـــى ذلك أيضاً ألا يفرق بينه وبين زوجته إلا إذا تضررت من بعده عــنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه (مادة ١٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩) .

ومـــن ناحـــية أخرى ، فإن المفقود لا يرث أحداً ممن مات من أقاربه ، ولايستحق بالفعل ما يوصى به له ، لأنه يعتبر ميتاً بالنسبة لهذه الأحكام التي يشترط لها التحقق من حياة صاحبها وقت وجوبها ..

فاعتـــبار المفقـــود حياً في الحالات الأولى قصد به إبقاء ما كان على ما كـــان، أي أنـــه يصـــلح علة لبقاء ما كان ثابتاً من الحقوق ، ولكن هذا الافتراض لا يصلح سبباً لاكتسابه حقوقاً جديدة .

ومن باب الاحتياط فإن أحكام الشريعة الإسلامية تقضى بأن يوقف للمفقود من التركة بقدر نصيبه الذي يستحقه لو كان حياً ، وكذلك يحفظ ما أوصى له به [1] ، (مادة ٤٥ من قانون المواريث) .

ثانياً : الحكم بموت المفقود :

لا يمكـــن اعتـــبار المفقود حياً طوال الأبد ، بل لابد للحكم بوفاته بعد مدة يغلب على الظن فيها موته ، لكن متى يمكن الحكم بوفاته ؟ .

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع وقبل صدور المرسوم بقـــانون رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٩) كان العمل في نطاقه وفقاً لرأي مذهب الإمام أبي حنيفة ، ووفقاً لمذهب أبي حنيفة لا يحكم بموت المفقود إلا بعد

---

(١) د. محمد شكري سرور – المرجـــع والمكان السابقان ، د. أحمـــد سلامة – ص ١٨٠ ، د. على سيد حسن – السابق ، د. مختار القاضي – ص ٩٣ وما بعدها ، د. جلال العدوي – ص ١١٤.

موت آخر أقرانه في السن وهذا أمر يتعذر التحقق منه ، أن لم يكن غير ممكن في جميع الأحوال [1].

والمرســـوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يفرق في الحكم بموت المفقود بين حالتين :

الحالة الأولي : حالة غلبة الهلاك :

وفــيها يحكم بموت المفقود بمضى أربع سنوات من تاريخ فقده مثل من خــرج راحلاً في مفازة مهلكه ، أو فقد في غرق مركب كان به فسلم من الغرق قوم ونجا آخرون أو خرج إلى ميدان القتال .

وقــد نصت المادة (٢١) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٥ ، على أنـه : " قد يحكــم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقــده ، وفي حالة ما إذا ثبت أنـه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان في طائرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٥٥١ وما بعدها ، وإن كان فقهاء المذهب الحنفي مختلفين في تقدير تلك المدة ، فقدرها بعضهم بسبعين سنة من تاريخ ميلاد المفقود ، وقدرها البعض الآخر بسبعين ، ويرى أبو يوسف ، ورواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنها مائة ، وأساس هذا التقدير ما يعتقده أصحابه من أنه أقصى أعمار الأمة ، راجع : حاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ٤ ص ٢٩٦ وما بعدها ، والشافعية يقدرون المدة بأربع سنين من تاريخ الفقد ، استناداً إلى ما روي عن عمر بن الخطاب : " أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو ، فإنها تنتظر أربع سنين ، ثم تنتظر أربعة أشهر وعشراً " الموطأ – ٢ – ص ٥٧٥ ، دار احياء الكتب العربية ، وراجع: الأم – جـ٧ – ص ٢١٩ ، وفقهاء المالكية يقدرون المدة بما يتراوح بين سبعين ، ومائة والمشهور في المذهب أنها تقدر بخمسة وسبعين عاماً من تاريخ الفقد ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – جـ ٢ ص – ٥٦٤ ، أما المذهب الحنبلي فإنه يفرق بين الفقد في حالة يغلب فيها الهلاك وفي هذه الحالة تقدر المدة بتسعين سنة من يوم مولد المفقود في قول ، وفي قول آخر يترك تحديد تلك المدة للقاضي أما من يفقد في حالة يغلب فيها الهلاك ، كمن يفقد في القتال أو في زلزال أو فيضان ، فإن مثل هذا أن لم يمكن الوقوف على حاله ، فإنه يحكم بوفاته بمضي أربع سنوات من تاريخ فقده ، راجع المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير – جـ٧ – ص ٤٩٢ ، كشاف القناع – جـ٤ – ص ٤٦٥ .

الحربــية [1] ، فإنه يحكم بموته بمضى سنة من تاريخ السقوط أو الغرق ويصــدر رئـــيس مجلــس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد الــتحري واســتظهار القرائــن التــي يغلــب معها الهلاك قراراً بأسماء المفقوديــن الذيــن اعتــبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة ، ويقوم هذا القــرار مقام الحكم بموت المفقود وقد تم تعديل تشريعى ألحق بالحكم في اعتــبار المفقــود ميتاً بمضي سنة من كان في قطار احترق وفي جميع الحالات المشابهة [2].

الحالة الثانية : حالة عدم غلبة الهلاك :

وهــذه يفــوض أمر المدة التي يحكم فيها بموت المفقود إلى القاضى بعد التحري عنه بكافة الطرق الممكنة لمعرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً ، وذلك فــي الحــالات التي ينقطع فيها خبر المفقود فيما ظاهره السلامة ، كمن خــرج في تجارة أو في طلب العلم أو السياحة ، فهؤلاء وأمثالهم يفوض القانــون أمــر تحــديد المدة للقاضي ، حيث يحكم بموته إذا مضت مدة لا يعيش مثله إلى غايتها ، والغالب في رأي الفقهاء اعتبار سن التسعين حداً أقصى لذلك [3].

أثر الحكم بموت المفقود :

ومــتى حكــم بمــوت المفقود ، فإنه يعتبر ميتاً من تاريخ صدور الحكم بالنسبة لماله ، أما بالنسبة لمال غيره ، فإنه يعتبر ميتاً من تاريخ الفقد ، وتــبدأ زوجته في عدة الوفاة ، ومقدارها أربعة أشهر وعشراً من تاريخ الحكم بموته .

---

(١) هاتان المادتان مستبدلتان بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢، بتاريخ ١٩٩٢/٦/١ .

(٢) تم هذا التعديل في عام ٢٠٠٢ بمناسبة حادث احتراق قطار الصعيد .

(٣) وهذا الرأي قريب مما يراه المذهب الحنبلي ، راجع : فتاوي ابن تيمية جـ٢٠ – ص ٥٧٦ .

وبناء على ذلك :

يرد نصيبه الذي حجز له في الإرث إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثـــه ، وكذلك الوصية ترد إلى ورثة الموصى ، وانسحاب الحكم على الماضـــي بالنسبة للإرث وغيرهما ، وهو رأي أبي حنيفة ، ومالك رضي الله عنهما ، وبه أخذ قانون الميراث في المادة (٤٥) التي تقضي بأنه : " يوقــف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه [1].

أما أمواله فتعتبر تركة من يوم الحكم بموته وتقسم هذه التركة بين ورثته الموجوديـــن وقـــت الحكم ، وكذلك تعتد زوجته عدة الوفاة ما لم تكن قد طلقــت مـــنه قبل ذلك ، ويترتب على الوفاة انتهاء أحكام الزواج بالنسبة لها.

ظهور المفقود المحكوم بموته حياً :

وإذا ظهر المفقود الذي حكم بموته حياً ، فإن شخصيته تعود إليه ويترتب على هذا العود آثار لا تضر بالغير حسن النية ، سواء فيما يتعلق بزوجته أو أمواله .

أمـــا بالنســـبة لزوجته فإنها إذا كانت لم تتزوج تظل على ذمته ، أما إذا كانت قد تزوجت ، فإن في الأمر تفصيلاً ، فإذا كان الزوج الثاني قد عقد علـــيها ، ولـــم يدخل بها ، فإنها تعود إلى زوجها الأول ، ويقضي بفسخ عقـــد الثانـــي حيث ظهر بطلانه ، وكذلك الأمر إذا كان الزوج الثاني قد

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٥٥٣ ، د. توفيق فرج – المدخل للعلوم القانونية ١٩٨١ – ص ٢٢٤ ، د. حسن كيرة – المدخل إلى القانون – ١٩٧١ – ص ٥١٣ ، د. اسماعيل غانم – محاضرات في النظرية العامة للحق ١٩٦٦ – ص ١١٨ ، د. أحمد سلامة – ص ١٥٦ ، د. محمد السعيد رشدي ص ٧٩ .

تـزوجها وهـو يعلـم بحياة زوجها الأول فإنها ترد إلى الأول لسوء نية الزوج الأول ، أو كان قد عقد عليها في فترة عدتها من المفقود .
أمـا إذا كان الزوج الثاني حسن النية ، أي لا يعلم بحياة المفقود ، ودخل بالزوجة ، ولم يكن قد عقد عليها خلال العدة من الزوج الأول فإنها تكون له (١)، وهذا رأي الحنابلة مع خلاف في بعض التفصيلات (٢).

المبحث الثاني
إنتهاء الزواج بالتطليق والانفصال الجسماني

المطلب الأول
إنتهاء الزواج بالتطليق

يعتبر التطليق استثناء على القاعدة الدينية المقررة في المسيحية ، والتي تقضـي بأبدية عقد الزواج.لهذا ، ولما كان التطليق استثناء من قاعدة ، وخـروجاً علـى أصل كانت أسبابه محددة على سبيل الحصر ، ولهذا لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها .
والتطلـيق لا يكـون إلا بواسـطة القضاء ، ولهذا فإنه يتعين أن تتوافر الأسـباب التي تدعو القضاء للحكم به ، بحيث تكون تلك الأسباب مسوغاً لحمل الحكم عليها ، وهذه الأسباب واردة على سبيل الحصر لتساير روح الديـن المسـيحي التـي تدعو إلى توطيد الحياة الزوجية ، واستقرارها

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٥٥٤ ، د. محمد شكري سرور – ص ١٥٥ وما بعدها ، د. مختار القاضي – ص ٩٥ ، د. جميل الشرقاوي – ص ٢٦٩ ، د. فتحى عبد الرحيم – ص ٩٥ ، د. محمد السعيد رشدي – ص ٨٠ ، وراجع : د. جلال العدوي – ص ١١٥ وما بعدها ، وراجع في تفصيل هذا الموضوع : د. على سيد حسن – السابق – ص ١٤٢ وما بعدها .
(٢) راجع : المغني : جـ ٧ – ص ٤٩٢ وما بعدها ، وفتاوي ابن تيمية جـ ٢ – ص ٥٧٦ .

وبقائهـــا إلـــى الأبـــد كما يقول السيد المسيح ، وقد أكد القضاء أن تلك الأســـباب آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم فإنه لا يجوز الخـــروج عليها بالإرادة المنفردة ، أو عن طريق توافق الإرادتين وإنما لابد من حكم تصدره المحكمة بناء على وجود تلك الأسباب المحددة على سبيل الحصر [1].

بيد أن تحديد أسباب التطليق ، واضفاء الصفة الآمرة عليها ، لا يمنع من وجـــود أســـباب تتسم بقدر كبير من المرونة التي تجعلها قابلة لاختلاف التفســـير وتبايـــن الـــتقدير ، وبما يسمح للأفراد بالتحايل والاتفاق على الطـــلاق من خلالها ، كما أنها تترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة يكون بمقتضـــاها ذو قدرة على القضاء بالتطليق ، وذلك كما في حالة الاعتداء على حياة أحد الزوجين ، والإيذاء الجسيم له ، واستحالة الحياة الزوجية أو دوام العشرة بين الزوجين .

اختلاف الدين سبب غير مباشر لإنهاء الزواج :

وتكاد كافة الشرائع المسيحية تتفق على أن اختلاف الديانة بين الزوجين يعـــد ســـبباً لإنهـــاء علاقة الزوجية بينهما ، ذلك ما نصت عليه شريعة الأقـــباط الأرثوذكس بقولها : " ينفسخ الزواج إذا خرج أحد الزوجين عن الديـــن المسيحي [2]" ، وتعطى شرائع الروم والأرمن والبروتستانت لكل مـــن الزوجيـــن الحق في طلب الطلاق إذا ارتد الزوج الآخر عن الديانة المســـيحية ، كما أن شريعة الكاثوليك تجعل من اختلاف الدين مانعاً من موانـــع الـــزواج التـــي تـــبطله ، وتضيف ما يسمى بالامتياز البوليسى

---

(١) محكمة استئناف القاهرة في ١٩٦٣/١١/٢١ ، وقد أكد هذا المادة : ٢٧ من مجموعة الأرمن ، والمادة ٥٦ للسريان ، والمادة ١٨ للانجليين .

(٢) مادة ١٤ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس .

للزوجين غير المسيحين إذا اعتنق أحدهما الكاثوليكية ، فإنه يجوز أن يتزوج بمسيحي كاثوليكي آخر ، وفي هذه الحالة ينحل الزواج الأول [1].

بيد أن هذا السبب يكاد يكون غير قائم في مجال التطبيق العملي ، لأنه عند اختلاف الديانة بين الزوجين تطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن ثم فإنه لا يمكن من الناحية العملية تطبيق النصوص المذكورة ، حيث لا يكون التطليق مستمداً منها ، ولكن من الشريعة الإسلامية التي تقرر إنهاء علاقة الزوجية بالطلاق أو الخلع .

أسباب التطليق عند الطوائف المسيحية :

وأسباب التطليق عند الطوائف المسيحية تتمثل في الزنا وسوء المعاملة ، والمرض الذي يصلح سبباً للتطليق كالجنون ، والعجز الجنسي ، والأمراض المعدية ، والاعتداء على الحياة والإيذاء الجسيم ، وتصدع الحياة الزوجية بالفرقة واستحكام النفور ، والحكم على أحد الزوجين بعقوبة سالبة للحرية والرهبنة ، والزواج الثاني ، وزوال البكارة والإجهاض ، والهجر المتعمد ، والعمل على البقاء في حالة عقم ، والخروج على واجب المساكنة ، والإضرار بأموال الزوج الآخر ، ونبين تلك الأسباب ومناط الأخذ بها لدى الطوائف المختلفة تباعاً كما يلي :

أولاً : الزنا الحقيقي أو الحكمي (سوء السلوك) :

تقرر كافة الطوائف المسيحية التطليق لعلة الزنا ، وتلحق به في الحكم سوء السمعة والسلوك ولم يخرج عن هذا الإجماع سوى طائفة الكاثوليك، وأساس إجماع الطوائف على اعتبار الزنا سبباً للتطليق ما يمثله الزنا من خيانة للأمانة التي يجب أن تقوم بين الزوج وزوجته ،

---

(١) مادة ١٠٩ من الإرادة الرسولية .

كما أنه مظنة اختلاط الأنساب ، ودليل على الاستهانة والاستخفاف برابطة الزوجية المقدسة .

وتسوى الشرائع بين زنا الزوج وزنا الزوجة في الحكم ، لأن المعاني التي من أجلها اعتبر الزنا سبباً للتطليق موجودة في الحالتين ، إلا أن السريان لا يجيزون تقرير التطليق بسبب الزنا إلا في حالة زنا الزوجة فقط ، وذلك لأن الزنا من قبلها يؤدى إلى اختلاط نسل الزوج بغيره ، وليس ذلك في حالة زناه حيث لا يختلط أولاده من الزنى بأولاده منها ، ومن ثم فلا يرثون معهم ، وأن نسبة أولاد الزاني إليه مظنونة لاحتمال أن المعاشرة قد حدثت من غيره ، ونسبة أولاد الزانية إليها محققة لتكونهم في أحشائها ونزولهم من رحمها ، كما أن فضيحة المرأة بالحمل أكثر من فضيحة الرجل، ولا يعتد القضاء بتلك التفرقة ، ويعتبر أن زنا الرجل كزنا المرأة في جواز التطليق .

مفهوم الزنا المبيح للتطليق :

والزنا الذي يبيح التطليق:هو الذي يتصل فيه أحد الزوجين بشخص آخر اتصالاً جنسياً ، ويجب أن يكون ذلك الاتصال عن قصد واختيار ، فلو تم بالغصب والقهر أو التخدير ، فإنه لا يكون سبباً صالحاً للتطليق ، ويجب أن تتم مواقعة فعلية على فراش الزوجية بالنسبة للزوج ، وإن يثبت الفعل وفقاً لما يقرره القانون .

الزنا الحكمي أو سوء السلوك :

ويلحق بالزنا في الحكم عند الشرائع الطائفية حالات أخرى يطلق عليها الزنا الحكمي ، وهي الحالات التي يغلب على الظن فيها الوقوع في الرذيلة ، كأن توجد المرأة في مكان للفجور واللهو ، أو في منزل يمارس أعمالاً منافية للآداب ، ويجب لإيقاع الزنا في تلك الحالة توافر شرطين :

أولهما : أن يكون ذلك بدون إذن من زوجها .

ثانيهما : أن تستـــمر فـــي المواظـــبة على قباحتها وسوء سلوكها بعد استماع التوبيخ والنصح والردع من الرئيس الدينى أكثر من ثلاث مرات، وهـــو مـــا يفـــيد أن الأمر يجب أن يتكرر على نحو لا يرجى من ورائه اصلاح أو استقامة [1].

ولا تفـــرق النصوص بين عفة الزوج وعفة الزوجة ، فإذا فسدت أخلاق الـــزوج بأن دفع زوجته للرذيلة ، وقصد المتاجرة بشرفها وعفافها ، فإن للـــزوجة أن تطلـــب الحكـــم بطلاقهـــا مـــنه ، وعلى هذا سارت غالبية النصـــوص، فلم تفرق بين سلوك المرأة المشين ، وسلوك الرجل كسبب للتطليق [2].

اثبات الزنا :

ويعتبر الزنا واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة طرق الإثبات ، ومنها شهادة الشـــهود والقرائن ، إلا أن القرائن يجب أن تكون قاطعة في الدلالة على ارتكـــاب الفاحشـــة ، ولا يكفي في مجال اثباتها مجرد توافر الشائعات ، والأمـــر متروك للقضاء لتقدير كل حالة على حدة ، من خلال ظروف كل دعوى ، وما يقدم فيها من أدلة .

بيد أنه ينبغي التحوط في الأخذ بالاقرار كدليل على الزنا أو سوء السلوك، وذلـــك لأن الإقرار ، فضلاً عن مجافاته للطبيعة البشرية التي تمتنع عن تقديـــم دلـــيل يدينها بما يلوث شرفها أو يلحق بها المعرة والعقاب، فإنه كثيراً ما يكون وسيلة يتفق عليها الزوجان لإنهاء علاقة الزوجية بينهما

---

(١) د. ايهاب اسماعيل – ص ١٧٨ ، وحكم محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٥٦/٦/١٠ .

(٢) د. محمد حسن منصور – النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية – ص ٣٠٨ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، والأحكام القضائية المشار إليها بحواشي تلك الصفحة وما يليها .

كحيلة للخروج على ما تقرره أحكام الديانة من أبدية عقد الزواج ، ولهذا فقد اشترط القضاء لاعتبار الاقرار بالزنا دليلاً عليه ، وبالتالي سبباً يجيز التطليق ، أن تقوم بجانبه أدلة أخرى تدل عليه ، والا يكون الإقرار متناقضاً مع وقائع الدعوى .

سقوط الحق في التطليق بسبب الزنا وسوء السلوك :

وإذا كان الزنا سبباً للحكم بالتطليق على أساس أنه يمثل خيانة لأمانة العقد ، وطعناً للزوج الآخر في شرفه وتقويضاً للثقة التي أولاها لصاحبه، فإنه إذا استبان أن الزوج الآخر كان شريكا في أحداث تلك الموبقات ، فإنه لا يكون له الحق في الوصول لما يطلبه ومن تللك الأسباب ما يلي :

(١) إذا كان الزوج قد وافق على جريمة الزنا أو كان هو الذي حرض زوجته أو أغراها على ارتكابها .

(٢) إذا كان الزوج نفسه مخطئاً ملوثاً بارتكاب الفاحشة حيث لا يجوز له أن يثبت على غيره فضيحته ، ويطلب مؤاخذته عليها ومعاقبته بها ، وهو ملوث بمثلها .

(٣) أن يقوم الزوج بمسامحة الزوج المقترف للفاحشة صراحة وضمناً بأن يقبل معاشرته ، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى أم بعدها .

(٤) أن تمر مدة كافية يتراخى فيها الزوج المثلوم عن رفع دعواه ، حيث يعتبر قرينة على صفحة وعفوه ، وبعض الشرائع تحدد تلك المدة ، بمرور عام واحد من حين علم الزوج المهان بسبب التطليق ، أو مرور عشرة أعوام من يوم وجود هذا السبب ، وللمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها سقوط الدعوى [١].

---

(١) مادة ١٨ من مجموعة الروم .

ثانياً : المرض كسبب للتطليق :

مـــن المقرر أن اصابة أحد الزوجين بمرض كالجنون أو العجز الجنسي ، قـــبل الزواج يعتبر مانعاً من موانع العقد ، أما إذا كانت الاصابة بالمرض لاحقـــة علـــى الـــزواج ، فإن للزوج الآخر أن يطلب التطليق إذا توافرت شروطه .

وقـــد اســـتقر القضـــاء علـــى تطبيق الشروط الواردة بمجموعة الأقباط الأرثوذكـــس لعام ١٩٣٨ لاعتبار ما إذا كان المرض يصلح سبباً للتطليق من عدمه ، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي :

(١) أن يكون المرض مما يتعذر معه قيام الحياة المشتركة بين الزوجين، وذلـــك بسبب ما يلحق بالزوج الآخر من الضرر الجسيم كخطر العدوى ، أو افـــتقاد كل غايات الزواج وذلك كالسل ، والجنون ، والعجز الجنسي ، والقاضي هو الذي يقدر ذلك في كل واقعة بعينها .

(٢) أن يســـتمر المـــرض مدة ثلاث سنوات ، وذلك حتى لا يتسرع أحد الزوجيـــن بمجـــرد مـــرض صاحبه في المطالبة بخراب البيت والمبادره بالهـــروب منه تحسباً لما ينتظره من مسئوليات جسام تجاه شريك عمره الذي هده المرض .

(٣) أن يثبت بعد ثلاث سنوات أن المرض مستحكم لن يرجى منه برء ، فـــإن كـــان مما يـــرجى له بـــرء ، أو كـــان وفقاً لما يبشـــر به العلـــم أو الاكتشافات الحديثة ، مما يؤمل فيه الشفاء ، فإنه لا يجوز التسرع في تقويض أسرة مازال الأمل في استمرارها قائماً .

(٤) وهـــناك شرط جوهري حاصله أن تكون علة الزوج المريض ليست ناشـــئة بســـبب مـــن قبل الزوج الآخر ، أو من جراء خطئه وإهماله في العـــناية بـــه ، فالزوج الذي قهر زوجته وأجاعها وقتر عليها في الغذاء

حـــتى وقعت فريسة السل ، لا يجوز له أن يطلب تطليقها بسبب مرضها الـــذي صنعه هو ، ولا يجوز له أن يستفيد من خطئه ، وللمحكمة مطلق الحـــرية فـــيّ تقديـــر ذلك [1]. ومن الأمراض التي تصلح سبباً للتطليق الجنون سواء أكان مطبقاً أو متقطعاً بحيث تغلب فترات المرض فيه على فـــترات الإفاقـــة وكذلك العته ، والعجز الجنسي اللاحق للزواج ، كالعنه والخنـــثى والخصـــى والمجـــبوب ، أي مقطوع الذكر ، والممسوح ، أي مقطوع الذكر والخصية ، ويعتد بالعجز الجنسي سواء كان من قبل الزوج أم من قبل الزوجة ، ويرجع فيه إلى تقدير الأطباء.

ويلـــزم أن يكون العجز الجنسي حائلاً دون إشباع الزوج الآخر ، ودفعه إلى المعاناة والوقوع في الرذيلة ، ويلزم لذلك – بداهة – أن يكون الزوج الآخر في سن يخشى عليه فيها من الفتنة .

وهـــناك أمـــراض أخـــرى ، وهي الأمراض المعدية ، كالجرب والجزام ، والبرص ، ولا يعتبر من تلك الأمراض ، النحافة وفارق السن ، والعقم، وظاهـــرة الشلل النصفي ، لأنها من الأمراض المتوقع حصولها مع تقدم الســـن ، وكذلـــك مـــرض القلب ، والكساح ، لأنهما ليسا من الأمراض المعدية ، وكذلك الأمراض العصبية ، والصرع .

ثالثاً : الاعتداء على الحياة والإيذاء الجسيم :

تنص مجموعة الأقباط على أنه إذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد إيذاءه إيذاء جسيماً ، يعرض صحته للخطر ، جاز للزوج المجنى علـــيه أن يطلـــب الطلاق [2]، وكما يبدو فإن ثمة فرقاً بين الاعتداء على الحياة ، والإيذاء الجسيم يحسن بيانه فيما يلي :

---

(١) محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٧/٣/٣٠ .

(٢) مادة : ٥٥ للأقباط ، ٩٢ للسريان ، ٤١ – ٥١ للأرمن ، ٦٠٨ للروم .

(١) **الاعتداء على الحياة** :

والاعـتداء علـى الحـياة يتمثل في المساس ببدن الإنسان بما يضره ، وسـواء أكان الهدف منه القتل ، أم تعريض حياة الزوج الآخر للخطر ، وأيا كانت الوسيلة المتبعة ، وسواء أكان ذلك بمفرده أم باشتراك وتواطؤ الآخرين .

ويلـزم أن يكـون الاعتداء على حياة الزوج الآخر صادراً عن قصد بأن تـتوافر فيه نية العدوان ، فلا يكفي الخطأ هنا ، مهما كان نوع الإصابة الناجمة عنه ، ويكفي مجرد الإيذاء ولو مرة واحدة ، ولا يلزم التكرار .

(٢) **الإيذاء الجسيم** :

الإيـذاء الجسـيم ؛ هـو الذي من شأنه أن يعرض صحة أحد الزوجين للخطـر، ويكون ذلك بنوع من الاعتداء الذي يقل أذى عن الاعتداء على الحياة مباشرة بقصد القتل ولهذا يشترط أن يكون الاعتداء جسيماً ، وأن يتم تكراره عدة مرات .

وإذا كـان البعض يرى أن المقصود بالإيذاء الجسيم ، هو الإيذاء المادي كالضرب والجرح ، إلا أن الرأي الراجح يرى الاعتداد بالإيذاء ، أو الإيلام النفسـي ، كالسب والقذف والشتم والإهانة ، وغير ذلك مما يمس الكيان الأدبـي ويجـرح الشـرف والاعتبـار ، ومثـال ذلك الاتهـام بالزنـا أو السرقة [١].

ومـن نافلة القول : ان الإيذاء الجسيم سواء أكان ماديا أم معنوياً تتعدد صوره وتطبيقاته ومن ثم فإنه يكون لقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقديـر مـدى جسامته والاعتداد به ، ومدى تكراره ، فتلك أمور تختلف بطبـيعة الحال من واقعة إلى أخرى ، وذلك طبقاً للعناصر القائمة في كل

---

(١) في هذا المعنى : د. محمد حسين منصور – السابق – ص ٣٢٥ .

قضية على حدة ، والأمر يختلف باختلاف البيئات والمجتمعات والطبقات الاجتماعية ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالإيذاء الأدبي الذي يتسم بالنسبية ، وتتفاوت الظروف التي يتم فيها [1].

رابعاً : تصدع الحياة الزوجية بالكره واستحكام النفور :

من المقرر أن الحياة الزوجية تقوم على الحب والمودة والسكينة والرحمة ، وذلك هو الأساس الذي يجمعها ، والذي بمقتضاه تقوم وتستمر تلك العلاقة ، فإذا ما تصدعت الحياة الزوجية ، وحل الكره محل الحب ، والإدبار مكان الاقبال ، والنفور بدل الوفاق يكون استمرار مثل تلك الحياة لا معنى له ، وربما كان الطلاق خيراً للزوجين ، وللأولاد وللمجتمع منها ، ولهذا استقرت محكمة النقض على الأخذ بهذا السبب لإنهاء رابطة الزوجية وجاء في أحد أحكامها : " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استمرار النفور واستحكام الكره بين الزوجين الذي يجيز التطليق إعمالاً للمادة (٥٧) من مجموعة ١٩٣٨ ، للأقباط الأرثوذكس ، يلزم أن يكون نتيجة إساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر ، أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً ، أدى إلى استحكام النفور بينهما ، وانتهى الأمر بافتراقهما ثلاث سنوات متتالية ، على ألا يكون الخطأ في جانب طالب التطليق حتى لا يستفيد من خطئه ، فإذا كان مرد الخطأ لا إلى الطرف الآخر ، بل من الزوجين معاً ، واستحالت الحياة بينهما ، فإنه يجوز التطليق في هذه الحالة – أيضاً – لتحقق ذات العلة ، وهي تصدع الحياة الزوجية مما لا يستطاع معه دوام العشرة [2]" .

---

(١) المرجع نفسه .

(٢) نقض ١٩٧٦/١١/١٠ ، س ٢٧ – ص ١٥٧٤ .

شروط التطليق للنفور والفرقة :

التطليـــيق للـــنفور والفرقة ليس مطلقاً ، بل هو سبب مقيد بشروط معينة عـــبرت محكمـــة النقض عنها بقولها : إن استحكام النفور بين الزوجين الذي يجيز طلب الحكم بالتطليق بسببه ، يجب أن يكون نتيجة إساءة أحد الزوجيـــن معاشـــرة الآخر ، وإخلاله بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة على ألا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطلـــيق حـــتى لا يســـتفيد من خطئه ، وبغير توافر هذه الشروط تعد دعوى الطلاق غير مقبولة [1]، وعلى هذا يلزم توافر الشروط الآتيه :

(١) أن يســـيئ أحد الزوجين معاشرة الآخر ويخل بواجباته نحوه إخلالاً جســـيماً يـــؤدي إلى استحكام النفور بينهما على نحو يؤدي إلى الفرقة ، وعلى من يطلب التطليق أن يقيم الدليل على هذا الإخلال حتى يحصر علة التطليق بسبب خطأ الزوج الآخر ، وإذا كان الخطأ مشتركاً بين الزوجين فنكّلا ببعضهما وشهّراً بذويهما يكون التطليق بخطأ الزوجين معاً .

(٢) اســـتحالة عـــودة الحـــياة الزوجية إلى حالة الوئام التي كانت عليها والصـــفاء الذي بدأت به ، بأن يصل الزوجان إلى حد النفور ، وللمحكمة أن تقدر ذلك من خلال القرائن والوقائع المطروحة أمامها ، كما ينبغي أن تستنفد كل وسائل الاصلاح بين الزوجين والتوفيق بينهما .

(٣) أن تســـتمر الفرقة بين الزوجين مدة ثلاث سنوات على الأقل ، حيث تعتـــبر تلـــك المدة هي الحد الذي يعبر عن استحالة الحياة الزوجية بين الزوجين ، وبيان الضرر الذي يعود على الزوجين من بقاء الزوجية .

ويقصـــد بالفـــرقة : التـــباعد الإرادي بين الزوجين في أمور المعيشة المشـــتركة طعاماً وشراباً ومسكناً ، فإذا افترق الزوجان في الفراش فقط

---

(١) نقض ١٤/٤/١٩٧٩ ، مجلة الأحوال الشخصية ٨٤ .

دل ذلك على أن الكراهية بينهما ليست مستحكمة ، بل يمكن بقاء الزوجية معها ، ويجب أن يكون الهجر مقصوداً ، ومن ثم فإن البعد الطارئ بسبب السفر – مثلاً أو التجنيد لا يعتد به .

(٤) يجب أن لا يستفيد طالب التطليق من خطئه ، فإذا كان بعنته واضراره هو الذي تسبب في الهجر والفرقة ، ودفع الآخر إلى ذلك ، فإنه لا يجوز أن يطلب التطليق ويرد عليه قصده السيئ ، فإذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته وابنته منذ الأيام الأولى من الزواج ، وبعزوفه عن الإقامة معها رغم تمسك الزوجة بذلك فإن مدة الفرقة مهما استطالت يكون هو المتسبب فيها .

خامساً : الحكم على أحد الزوجين بعقوبة سالبة للحرية :

إذا حكم على أحد الزوجين بعقوبة سالبة للحرية ، كان ذلك الحكم سبباً للتطليق بشروط معينة عند طوائف الأرثوذكس ، وقد نصت المادة (٥١) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس على أن : " الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن ، أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق " ، وتقترب نصوص الطوائف الأخرى من نفس المعنى ، مع اختلاف في بعض التفصيلات المتعلقة بالتطبيق ، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي :

(١) الحكم على أحد الزوجين نهائياً بعقوبة سالبة للحرية :

فيجب أن يصدر الحكم الجنائي فعلاً ، وأن يكون نهائياً بأن يكون غير قابل للطعن فيه بأي وجه من وجوه الطعن ، ولذلك ينبغي أن يكون حضورياً ، لأن الأحكام الغيابية تعتبر غير نهائية في الجنايات ، وتسقط بالقبض على المتهم لتعاد محاكمته من جديد ، كما يجب أن يكون الحكم بعقوبة سالبة للحرية ، كالأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس ، فإن كان

الحكم صادراً بالغرامة ، أو بالجزاء التأديبي أو التدابير البوليسية فإنه لا يكون سبباً للتطليق [1].

(٢) أن يكون مدة الحكم السالب للحرية لا تقل عن سبع سنوات ، ويكتفى الأرمن بأن يكون الحكم مدته ثلاث سنوات .

(٣) يجب أن يكون الحكم صادراً بعد الزواج ، وبصرف النظر عما إذا كانت الأسباب التي حوكم بسببها الزوج قد حدثت قبل الزواج أم بعده ، لأن النص يتكلم عن إدانة أحد الزوجين .

(٤) ألا يكون الزوج شريكاً في نفس الجريمة أو أن يكون قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ، فإن كان الزوج عالماً بفعل زوجته ومقراً له فقط ، فإن أمره يكون متروكاً للسلطة التقديرية للقاضي [2].

سادساً : الأسباب الأخرى للتطليق :

وهذه الأسباب منها : الرهبنة ، الزواج الثاني ، زوال البكارة ، الاجهاض والهجر المتعمد والبقاء في حالة عقم ، والاخلال بالالتزام بالمساكنة ، ونبين ذلك :

(١) الرهبنة :

تنص مجموعة الأقباط على أنه يجوز الطلاق إذا ترهبن الزوجان أو ترهبن أحدهما برضاء الآخر ، ومن المعلوم أن الرهبنة قبل الزواج تعتبر من موانعه ، أما بعده فإنها تعتبر من أسباب التطليق عند الأقباط والسريان الأرثوذكس .

(٢) الزواج الثاني :

تقرر شريعة الروم الأرثوذكس أن الزواج الثاني يعتبر سبباً للتطليق ، والشريعة المسيحية في مجملها تعتبر الزواج الثاني باطلاً ومعادلاً للزنا .

---

(١) د. محمد حسين منصور – السابق – ص ٣٣٥ ، د. ايهاب اسماعيل – ص ١٥٢ .

(٢) د. محمد حسين منصور – السابق – ص ٣٣٦ .

(٣) **زوال البكارة** :

تقضـــى المادة (١٥) من مجموعة الروم الأرثوذكس : " على أن للزوج الـــذي يـــتزوج من بكر أن يطلب التطليق إذا لم يجدها بكراً يوم زواجه ، وفي هذه الحالة يلزمه أن يعلن الأمر حالاً للسلطة الكنسية العليا بجهته ، وأن يقوم بإثباتها " ، ويسقط حق الزوج إذا صفح عن زوجته ، ولا تقبل الدعوى بمرور عام من تاريخ العلم بسبب التطليق .

(٤) **الإجهاض** :

تنص المادة (١٥) – أيضاً – على أن للزوج أن يطلب التطليق إذا قامت الزوجة بإجهاض حملها بإرادتها ، ويسقط حق الزوج بالصفح عنها ، أو مضى سنة من تاريخ الإجهاض .

(٥) **العمل على البقاء في حالة عقم** :

وهو ما تنص عليه المادة (٤٩) من مجموعة الأرمن الأرثوذكس بقولها: " يقضى بالطلاق إذا عمل أحد الزوجين على البقاء في حالة عقم، وعلى الأخص عند اتخاذ وسائل الاجهاض [١].

(٦) **الاضرار بأموال الزوج الآخر** :

يجــوز التطلـــيق إذا أضر أحد الزوجين بالمصلحة المالية للزوج الآخر ، لكـــن يشترط أن يكون الضرر بليغاً ، وبسوء قصد [٢]، ويضاف إلى ذلك الاخـــلال بواجـــب المســـاكنة [٣] والهجـــر المتعمد من قبل أحد الزوجين للآخر[٤] .

---

(١) د. محمد حسين منصور – السابق – ص ٣٤٠ .

(٢) مادة (١٥) من مجموعة الأرمن الأرثوذكس .

(٣) مادة (٤٣) من نفس المجموعة .

(٤) مادة (٩) من مجموعة الروم الأرثوذكس .

الأسباب التي لا تجيز التطليق في الشرائع المسيحية :

وهناك أسباب لا يجوز معها التطليق في الشريعة المسيحية منها : الطلاق بالإرادة المنفردة أو الاتفاق على التطليق ، والعقم ، وتفاوت السن ، والاعسار بالنفقة ، والمنازعات القضائية بين الزوجين .

المطلب الثاني

الانفصال الجسماني

مؤدى التفريق الجسماني : وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين ، مع بقاء رابطة الزوجية بينهما ، حيث ينفصل كل من الزوجين في المأكل والملبس والفراش ، وتتوقف الالتزامات المشتركة بينهما ، لكن أياً منهما لا يستطيع أن يبدأ حياة جديدة ، وذلك بسبب قيام رابطته بالزوج الآخر ، وقد ابتدعت الكنيسة الكاثوليكية هذا النظام كنتيجة لاعتناقها مبدأ أبدية الزواج ، ورفضها للطلاق بصفة مطلقة ، ليستعاض به عنه في الحالات التي يتعذر فيها على كل من الزوجين أن يعاشر الآخر [1].

إلا أنه نظراً لما يترتب على ذلك من تعليق للزوجين في وضع لا يسمح لهما بالتطليق النهائي ، ولا يتيح لهما في ظل ظروفهما المتنافرة أن يعيشا حياة زوجية عادية ، فإن بعض القوانين الحديثة ، ومنها القانون الفرنسي ، قد أخذت بهذا النظام ، وجعلت منه مرحلة تمهيدية تسمح للزوجين أن يختارا أحد طريقين إما العودة إلى حظيرة الزوجية الهانئة بالصلح ، أو الانفصال نهائياً بالتطليق وقد أخذت به شريعة الكاثوليك ، كما أخذت به مع التطليق شريعة البروتستانت ، أما طوائف الأرثوذكس

---

(١) مادة (٦٠ ، ٦٤) من شريعة الأرمن الأرثوذكس .

فليســت لها حاجة به ، وذلك بسبب توسعها في الأخذ بأسباب التطليق ، وإن كــان بعــض تلــك الطوائف تسمح ببعد الزوجين عن بعضهما فترة محددة من باب تهدئة النفوس .

اسباب الانفصال الجسماني :

وللانفصال الجسماني عند الكاثوليك سببان هما :

(١) الزنا :

إذا زنـــا أحد الزوجين حق للزوج البرئ مع بقاء وثائق الزواج أن يهجر المعيشـــة المشـــتركة ، ويشترط ألا يكون الزوج البرئ قد وافق على إثم زوجته ، أو كان هو الذي دفعها لارتكاب الفاحشة ، أو عفا عنه صراحة أو دلالة بما لا تدع ظروف الحال معه شكاً في أنه قد عفا وسامح ، أو أن يكون هو نفسه قد تورط في الحرام ، ومن دلائل الصفح ، قبول المعاشرة أو التعاطف مع الزوج الآثم ، أو عدم طرده أو عدم اتخاذ إجراء ضده .

(٢) اقتراف ما ينافي المعيشة المشتركة :

وهـــناك أســباب أخرى للانفصال الجسماني لم ترد على سبيل الحصر ، وإنما يجمعها مقصد واحد ، وهو الخطر على المعيشة المشتركة وتهديد بقائها ، ومن ذلك : أن يميل أحد الزوجيــن إلى بدعـــة غير كاثوليكية ، أو أن يربــي أولاده على غير هدى الشريعة الكاثوليكية ، أو أن يحترف الإجـــرام ، أو أن يكون أحد الزوجين غير أمين على الآخر ، أو أن يجعل الحياة المشتركة متعذرة معه أو منغصة ومرة فوق الاحتمال .

الاعتداد بالانفصال الجسماني :

والأصـــل أن الاعتداد بالانفصال الجسماني يكون بتقرير الرئيس الكنسي المحلـــي [١]، ويجوز أن يتم ذلك بتقرير صاحب الشأن ، أي الزوج الآخر بســـلطته ومن تلقاء نفسه ، إذا كانت أسباب الإنفصال واضحة محققة ،

---

(١) مادة ١١٧ من الإرادة الرسولية ، وقد حلت المحكمة محل الرئيس الكنسي المحلي الآن .

واقتضــت ذلــك ضــرورة عاجلــة ، وعند البروتستانت لا يتم الانفصال الجســماني إلا بحكــم مــن القاضــي الذي يقدر على وزن توافر سبب الانفصــال ، ومــدى صعوبة إجراء الصلح بين الزوجين ، فيحكم بتقرير الانفصــال مــن عدمــه في ضوء ذلك ، وإذا كان القضاء هو الذي يقرر الانفصال إلا أنه لا يتردد في الحكم به إذا وجد اتفاق عليه .

آثار الانفصال الجسماني :

إذا تقرر الانفصال الجسماني ، فإنه يترتب عليه آثار فيما بين الزوجين ، وبالنسبة للأولاد وينبغي بيان ذلك :

(١) **آثار الانفصال الجسماني فيما بين الزوجين** :

تظــل رابطــة الزوجية قائمة مع الانفصال الجسماني ، ولا يترتب عليه ســوى تعطيل المعيشة المشتركة بين الزوجين ، فلا يلتقيان في مأكل أو مشــرب أو مضجع أو مسكن ، وتبقى الالتزامات المرتبطة بالزواج قائمة بــبقائه دون انحلال فينتهى الالتزام بالمساكنة ، وما يرتبط به من واجب المعونة والطاعة بين الزوجين لكن أحدهما لا يستطيع الدخول في علاقة جديدة ، ويظل الالتزام بالاخلاص قائماً بينهما فلو فحش أحدهما يعد ذلك مــن قبيل الزنا ، ويرى كل من الزوجين الآخر في فترة الانفصال ، وأما النفقة فإنها تجب على الزوج لزوجته وأولادها المحضونين لها أو الذين يرضعون منها ، إذا كان هو سبب المفارقة [١]، وبالنسبة للمهر والجهاز فإن شريعة الانجيلين تنص على أنه إذا كانت علة المفارقة في الزوجــة ، فلــيس لهــا ســوى متاعها المزودة به من بيت أبيها خاصة ، وإلا فلها مــتاعها ومهرها [٢]، ويجوز – طبقاً للقواعد العامة – أن يطالب أي من

---

(١) مادة ٢٢ من مجموعة الإنجيليين .

(٢) مادة ١٦ من نفس المجموعة .

الزوجيـــن الآخر بتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي حلت به من جراء الانفصال الجسماني ، إذا كان قد تم بسبب خطئه [١].

(٢) آثار الانفصال الجسماني على الأولاد :

تنص الإرادة الرسولية للكاثوليك على أنه : " عند الافتراق يجب أن يربي الأولاد لدى الزوج البرئ ، وإذا كان أحد الزوجين غير كاثوليكي ، فلدى الـــزوج الكاثوليكـــي ، مـــا لم يأمر الرئيس الكنسي بخلاف ذلك في كلا الحالتين لخير البنين نفسيهما ، على أن تضمن تربيتهما الكاثوليكية[٢] " ، ومما تجدر الإشارة إليه أنه عند اختلاف الزوجين في الطائفة أو الملة ، فـــإن الـــنص الســـابق لـــن يطبق ، حيث سينعقد الاختصاص التشريعي للشريعة الإسلامية .

انتهاء الانفصال الجسماني :

قـــد ينتهـــي الانفصـــال الجســـماني باستئناف الحياة المشتركة فيما بين الزوجيـــن بالصلح ، أو بزوال السبب الذي أدى إليه ، وقد ينتهى بانحلال الـــرابطة الزوجـــية ، بالوفـــاة أو بالتطليق ، كما هو الحال في القانون الفرنســـي وشـــريعة الإنجيليين ، إلا أن هذا الفرض غير قائم في جانب الكاثولـــيك ، لأنهـــا لا تعرف التطليق ، ومن ثم فإن الانفصال ممكن أن يســـتمر مـــدى الحـــياة دون أن يؤدى إلى إنهاء الزواج [٣]، ويلاحظ أن الـــتفريق الجســـماني بسبب الزنا يمكن أن يكون مؤبداً بناء على رغبة الـــزوج الـــبرئ الذي لا يمكن إجباره على استئناف المعيشة المشتركة ، فالـــزوج المذنـــب يحـــرم عليه تحريماً مؤيداً حق طلب استئناف الحياة المشـــتركة ، إلا أن الزوج الذي يرغب في الصفح والعودة ، يكون له أن

---

(١) د. محمد حسين منصور – السابق – ص ٣٧٦ .

(٢) مادة ١٢١ من الإرادة الرسولية .

(٣) د. محمد حسين منصور – السابق – ص ٣٧٧ .

يستدعي الزوج الآخر ، الذي عليه أن يستجيب وإلا كان مخلاً بالتزاماته الزوجية ، إلا إذا كان قد انتحل برضا الزوج الآخر حالة منافية للزواج ، كدخوله في سلك الرهبنة .

وفيما عدا الزنا يجوز العودة للحياة المشتركة ، عند زوال السبب الذي من أجله حصلت الفرقة .

الفصل الثاني

الأسباب الإرادية لإنهاء الزواج

يمكن القول : إن هناك سببين إراديين لإنهاء الزواج ، هما الطلاق وفقاً لما تقرره الشريعة اليهودية ، والخلع الذي تقرره الشريعة الإسلامية ، ويسرى على غير المسلمين عند اختلافهم في الطائفة أو الملة أو الديانة، ونخصص لبيان هذين السببين مبحثاً :

المبحث الأول

الطلاق في الشريعة اليهودية

تعترف الشريعة اليهودية – كقاعدة عامة – بحق الرجل في الطلاق ، فيمكنه أن يوقعه بإرادته المنفردة ، أو بإرادته المرتبطة مع الزوج الآخر، ويوجد ثمة اختلاف بين طائفتي الشريعة اليهودية ، وهما الربانيون والقراءون في مدى تقرير حق الطلاق بالإرادة ، فتبيح شريعة الربانيين الطلاق لأي سبب حتى ولو كان تافهاً ، بينما تستلزم شريعة القرائيين ، في حالة عدم الاتفاق عليه ، وجود مسوغ للطلاق يقدره القاضي ويقتنع به ، فإذا لم يكن للطلاق مسوغ فإن المطلقة تحتفظ بكافة حقوقها ، وإن كان له مسوغ فإنها تفقدها .

والطلاق في الشريعة اليهودية ،قد يكون حقاً للرجل،وقد يكون – أحياناً – حقاً للمرأة وأحياناً ثالثة يكون حقاً للشرع اليهودي ، ويجدر بيان ذلك :

أولاً : الطلاق بيد الزوج :

تقـــرر الشريعة اليهودية للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة ، وفي هذا تـــنص شريعة الربانيين على أن : " الطلاق بيد الرجل " ، وكل طلاق من سلطة أجنبية لا يقع شرعاً ، ويكلف الرجل المتزوج بمحرمة أن يطلقها ، وهكـــذا يـــبدو دور الإرادة واضحاً في ايقاع الطلاق ، بيد أن تلك الإرادة يجب أن تتوافر لها شروط :

(١) أن يكـــون المطلـــق عاقلاً سليم الإرادة ، ليطلق بعقله وصحوه ، فلا يصـــح طـــلاق المجنون أو الصغير ، لأن العبرة في التصرفات بالإدراك والعقـــل ، ولا يمنع المرض من الطلاق ما لم يكن مؤثراً على الإدراك ، ولا تجوز الوكالة في الطلاق ، وإن كان للرجل أن يوكل غيره في استلام وثيقـــته ، كمـــا أن للمرأة أن توكل غيرها في قبول الطلاق ، ويجب أن يشـــافه الرجل مطلقته بالطلاق فيقول لها : " استلمي وثيقة طلاقك فأنت طالق ، وصرت حلاً لغيري " .

(٢) أن يكـــون محل الطلاق وهو المرأة مميزة ، ولا يجوز عند الربانيين طـــلاق المجـــنونة قبل شفائها ، وإن كان للرجل أن يتزوج عليها حتى لا يـــتأثر علاجهـــا أو تفقد أسباب معيشتها ، أما القراءون فإنهم يرون أن جـــنون المرأة مسوغ يبيح للرجل أن يطلقها ، ومثل الجنون كل عاهة لا يرجى فيها الشفاء ، ولا يطاق احتمالها .

(٣) أن يـــتم التعبـــير عـــن الإرادة شـــفاهة أو كتابة ، ويجوز أن يطلق الأخرس بالاشارة المفهومة ، ويستلزم القراءون أن يكون التعبير منجزاً

غــير موصــوف ، أما الربانيون فيجيزون أن يكون التعبير عن الإرادة موصوفاً ، أو مضافاً إلى أجل [١].

(٤) يجــب أن يــتم تحرير الطلاق بوثيقة في حضرة شاهدين على الأقل يوقّعان عليها ، ويستلزم الربانيون تدوين تلك الوثيقة في شكل معين .

(٥) أن يقــع الطــلاق في غير الأوقات التي لا يجوز وقوعه فيها ، فلا يجــوز أن يقع الطلاق في أيام السبت والأعياد الدينية ، ولا يجوز إيقاع الطــلاق يوم الجمعة ضرورة دخول يوم السبت ، ولا أن يحصل ليلاً ، إلا إذا دعت إليه الضرورة [٢].

(٦) أن يقــع الطــلاق أمــام السـلطة الشرعية ، فلا يصح في الشريعة اليهودية بمذهبيها أن يقع الطلاق إلا أمام السلطة الشرعية ، وهي محاكم الأحوال الشخصية المختصة الآن [٣].

(٧) لا يجــوز للــرجل أن يطلق زوجته حتى ولو توافر له المسوغ ، بل مهما كان هذا المسوغ غير محتمل ، وذلك في حالة ما إذا كان الزوج قد غصب بكراً ، وألزم بزواجها ، هذا ما لم يكن المسوغ ماساً بالدين كالكفر أو الزنا [٤].

تطبيقات إيقاع الطلاق بإرادة الزوج :

ومــن تطبيقات إيقاع الطلاق بإرادة الزوج ، عدم بكارة الزوجة بتصرف مــن قبلها إذا أثبت الزوج ذلك ، أو أقرت هي أو أبت أن تحلف اليمين ، وإذا كــذب ادعــاء الــرجل في زوال بكارتها ، فإنه يحرم عليه طلاقها ، ويجــب على الزوج أن يــرفع دعــواه مباشرة عقب الاختلاء بزوجته ،

---

(١) د. محمد حسين منصور – ص ٣٤٧ وما بعدها .

(٢) شعار الخضر – ص ١٢٨ .

(٣) المرجع نفسه – ص ١٢٩ .

(٤) المرجع نفسه – ص ١٢٧ .

وإلا كانت بكارتها مفترضة ، ومنها : عيب المرأة بما يجعلها غير لائقة للرجل ، ويعتبر عيباً شرعياً ، كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أي رائحة كريهة من المرأة ، وكذلك المرض المزمن وتكرار الاجهاض والعقم ومخالفة الشرع والأدب بأن ارتدت عن الدين ، أو أطعمت زوجها طعاماً محرماً ، أو كتمت حيضها حيث يجب عليها أن تخبر به ، أو هددت زوجها بالأذى ، أو خرجت عن اللياقة أو الاحتشام ، أو تعدت على زوجها أو أبويه بالسب والشتم أو استهانتها بشرع النبى ، أو عدم امتثالها لأوامر زوجها في ألا تكلم انساناً معيناً بالرغم من أخذ القسم منها على ذلك ، أو إنذارها بعدم القيام به ، ومن ذلك كراهية المرأة للرجل وامتناعها عنه .

ثانياً : الطلاق مراعاة لحق الزوجة :

إذا وقع على الزوجة ظلم من زوجها يؤثر على حياتها ، ويجعل المعيشة معه متعذرة ، أو أخل بالتزاماته الزوجية قبلها فإنها يجوز لها أن تطلب الطلاق ، ويبدو حق الزوجة واضحاً خلال جملة من التطبيقات العملية التي يستبين منها معالم هذا الحق ، ومنها :

(١) الاخلال بالواجبات الشرعية :

من واجب الرجل أن يعاشر امرأته جنسياً بما يعفها ويحقق لها مقصود الزواج ، وذلك بناء على ظروفه الصحية والعملية ، وقوته البدنية ، فلو أن مرضاً انتابه فعليها أن تصبر مدة ستة أشهر ، فإذا لم يتم برؤه يكون لها أن تطلب الطلاق ، وتستحق مؤخر صداقها ويجوز للمحكمة مد تلك المدة إذا كان المرض مما يرجى شفاؤه .

وللزوجة هذا الحق إذا أخل الرجل بالتزامه بحسن العشرة فساءت أخلاقه واعتاد ضرب زوجته بغير باعث شرعي ، أو امتنع عن الانفاق عليها

شـحاً وبخـلاً ، أو انغمس في الكسب الحرام أو اعتاد الزنا ، أو تزوج علـيها غـدراً زوجـة غير يهودية [1]، وكذلك الأمر إذا ما أخل بالتزامه بواجـب المسـاكنة ، ويجـوز للمحكمة أن تمنعه من السفر حتى يطلق زوجته ويعطيها حقوقها .

(٢) **عيوب الرجل** :

إذا كـان بالـزوج عـيوب تؤثر على استمرار الحياة الزوجية بينه وبين زوجته ، كان لها أن تطلب الطلاق ، ويشترط في تلك العيوب أن تكون مـن القـوة والاعتبار بحيث تؤثر على استمرار الحياة الزوجية ، وذلك كالـرائحة الكـريهة من فمه أو أنفه ، وإذا كان عنيناً أو عقيماً ، وكانت غريـزة الأمومة ملحة على الزوجة وأعوزتها إلى التشوف للولد ، فإنها يجـوز لهـا أن تطلب الطلاق بعد مضي مدة خمس سنين إذا كانت ثيباً ، وعشر سنين إذا كانت بكراً ، ويكون لها مهرها ، ويشترط أن تكون العنة أو العجـز الجنسي قديماً ومستقراً ، فإذا كان طارئاً ، فلا يجوز لها طلب الطلاق .

وأما مرض الزوج ، فإنه لا يجوز طلب الطلاق إلا من الأمراض المعدية ، وإذا عجز الرجل عن الانفاق ، ولم يعد قادراً على كسب القوت الضروري لـزمه الطلاق وتصبح حقوق زوجته ديناً في ذمته تستوفى منه في حين ميسـرة [2]، وبدهى أن المرأة إذا كرهت الرجل فإنها يجوز لها أن تطلب الطلاق .

---

(١) شعار الخضر – ص ١١١ – ١٢٨ .

(٢) شعار الخضر – ص ١١٣ – ١٢٨ .

ثالثاً : الطلاق لاعتبارات شرعية :

وهناك حالات يقع فيها الطلاق لاعتبارات شرعية يمكن القول إنها تتعلق بالنظام العام للزواج ، ولا يلزم لوقوعها أن تطلبها المرأة لأن الأمر يتعلق بالواجب الشرعي إعمالاً لحق الشرع وحكمه ، وهذه الحالات منها ما يحل الطلاق فيها محل البطلان ، أو لأسباب أخرى يجدر بيانها :

(١) حلول الطلاق محل البطلان :

تستبدل الشريعة اليهودية أحياناً الطلاق بالبطلان ، وذلك تلافياً للآثار السيئة التي تترتب على زوال الطلاق بأثر رجعي ، ويكون ذلك في حالات منها زواج المحرمات من النساء وهنا يتعين الطلاق ، فإذا امتنع جاز اتخاذ الاجراءات ضده بقصد دفعه لذلك ، كالعزل والحرمان من الشعائر ، والحقوق المالية حتى يطلق ، كما يكلف الرجل شرعاً بطلاق امرأته ولو رزقت منه إذا كان هو السبب في طلاقها من غيره بزناه معها ، ولا يلزم بمالها من حقوق ، وتحرم المرأة بالخلوة الشرعية على من اختلت به ، فإذا عقد عليها كان مكلفاً شرعاً بطلاقها (١).

(٢) الأسباب المانعة للمقاصد الشرعية للنكاح :

وقد يجب إيقاع الطلاق شرعاً لأسباب يمكن ردها إلى تأثيرها المانع لتحقيق المقاصد الشرعية المرجوة من النكاح ، بحيث تفوت تلك المقاصد، ولا يصبح ذلك العقد الشرعي صالحاً لانتاجها ، ومن ذلك :

(أ) الزنا والتعرض للابتذال :

إذا ثبت زنا المرأة برضاها ، فإنها تحرم على زوجها ، ويلزم بأن يطلقها دون حقوق فإذا تم الزنا بغير رضاها ، بأن كان اغتصاباً أو قهراً أو بعد تخديرها ، فإن الزوجة لا تحرم ولا تسقط بالتالي حقوقها ، ويكفي أن يعلم الرجل من ثقة أن زوجته تزني ، أو أن يعتقد هو زناها ، وعندئذ

---

(١) شعار الخضر – ص ١٠٤ ، ١١٢ ، ١٣٨ .

تحرم عليه ، ويجب الطلاق دون حقوق لها إلا إذا أقسمت أنها لم تزن ، وإذا نهاهـا عـن الاختلاء بأحد وأنذرها أمام شاهدين ، ثم ثبت اختلاؤها بمـن نهاهـا عنه ، ومكوثها معه وقتاً ، فإنها تحرم على زوجها إلا إذا أقسـمت على نفي ذلك ، ويرى القراءون أن المرأة إذا زنت أو عرضت نفسها للابتذال في الطرقات والأسواق دون علم زوجها أو خالطت السوقة أو داعبت المنحرفين وجب طلاقها ، وليس لها من حقوق سوى ما يكون فـي حوزتها من الجهاز ، وإذا ارتاب منها ، فإنه يحرم عليه أن يقربها حتى يختبرها شرعاً بما يدينها أو يبرئ ساحتها [1].

(ب) تكرار ظهور الحيض :

إذا تكـرر ظهور دم الحيض بالزوجة ثلاث مرات متواليات عقب الزواج مـنها ، عـند اختلاء الزوج بها ، حرمت عليه ، ووجب عليه تطليقها ، ولـيس لها عليه إلا ما دخلت به ، ولا يجوز أن يعقد عليها مرة ثانية ، إمـا إذا لم يكن ظهور الدم ثلاث مرات متواليات عقب الزواج بها ، بأن وقـع أول اخـتلاء بلا دم ، يكون الطلاق واجباً ، ولها كل حقوقها في العقد [2].

(ج) المرض المعدى والعقم :

ويكـون الطلاق واجباً لحق الشرع إذا أصيب أحد الزوجين بمرض معد ، وتكون الحيلولة بينهما واجبة ، بيد أنه إذا كان المرض صرعاً أصاب أحد الزوجيـن فيجـب الطـلاق دون أن تسقط حقوق الزوجة ، وإذا عقمت الـزوجة عشر سنين – إذا كانت بكراً – ، أو خمس سنين – إذا كانـت ثيباً – ، فإنه يجب على الزوج أن يطلقها ، ويكون لها ما لها من الحقوق

---

(١) شعار الخضر – ص ١٤٤ .

(٢) مجموعة ابن شمعون – المادتان ١٥٥ ، ١٥٦ .

فـي العقد ، وإذا كان عقم الرجل محققاً يجب عليه أن يطلقها ولها كافة حقوقها بلا حرمان [1] ، وبهذا تنتهي رابطة الزواج بالطلاق في الشريعة اليهودية .

المبحث الثاني

إنهاء الطلاق بالخلع

من المقرر أن الشريعة الإسلامية تسرى على غير المسلمين إذا لم يتحد طرفا النزاع في الديانة والملة والطائفة ، فإذا اختلفا في ذلك ، تكون الشريعة الإسلامية ،هي النظام التشريعي الواجب التطليق على غير المسلمين أسوة بالمسلمين ، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، بنظام إنهاء الزواج بالخلع ، وذلك فيما قضت به المادة (٢٠) منه ، والتي جرى نصها على أنه : " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإذا لم يتراضيا عليه ، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه ، وافتدت نفسها ، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية ، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع ، إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما ، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) ، والفقرتين الأولى والثانية ، من المادة (١٩) من هذا القانون ، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها ، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما ، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض .

---

(١) المرجع نفسه – المادتان ١٦٤ ، ٢١٣ .

ولا يصـــح أن يكون مقابل الخلع ، إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم ، أو أي حق من حقوقهم ، ويقع بالخلع في جميع الأحوال ، طلاق بائن ويكون الحكـــم فـــي جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه ، بأي طريق من طرق الطعن " .

الخلع في التشريعات السابقة :

وقد كان نظام الخلع معروفاً في التشريعات السابقة ، ومنها القانون رقم ٢٥ لســـنة ١٩٢٩ ، والذي كان ينص في مادته الخامسة ، على أن كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ " ، ولم تعدل هذه المادة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فظل حكمها سارياً حتى صدر التعديل الأخير بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، كمـــا كانـــت المادة الثامنة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، التي قررت إلغـــاء المحـــاكم الشرعية والمحاكم المالية ، وإحالة الدعاوي التي كانت منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية ، تنص على أنه : " تختص المحاكم الجزئـــية الوطنـــية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقاً لما هو مبيـــن فـــي لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، عدا دعوى النسب في غير الوقف والطلاق الخلع ، والمبارأة ، والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها، والمشـــار إلـــيها في المادة السادسة من اللائحة ، فإنها تكون دائماً من اختصاص المحاكم الابتدائية " ، ولعل تقرير الاختصاص في تلك الدعاوي للمحـــاكم الابتدائية ، مرده إلى ما لتلك المواد من طبيعة خاصة ، وتأثير بعيد المدى على الأسرة ، مما يجعلها تحتاج إلى دراسة خاصة ، وبحوث فقهـــية يلائمها أن يقوم بها ثلاثة قضاة ، بدلاً من قاض واحد [(١)] ، إلا أن

(١) في هذا المعنى : أحمد نصر الجندي – التقاضي في الأحوال الشخصية – ص ٢٦ – طبعة ١٩٩٠

هــذه التشــريعات وإن كانــت قــد عــرفت نظام الخلع ، لكنها لم تقــم بتنظيمه على نحو ما فعل القانون الجديد .

تعريف الخلع وبيان طبيعته :

الخلــع فــي اللغة معناه الازالة ، يقال : خلع فلان ثوبه إذاً أزاله ، وخلع الــزوج زوجته إذاً أزال زوجيتها ، وقد جرى العرف اللغوي على تسمية الإزالــة فــي غير الزواج : خَلعاً (بفتح الخاء) وعلى تسمية الإزالة في الــزواج : خُلعاً (بالضم) [1]، وقد سميت إزالة الزوجية مخالعة ، منه لأن كــلاً من الزوجين لباس للآخر ، قال تعالى : " هن لباساً لكم وأنتم لباس لهن "[2] ، فكان كل واحد من الزوجين حين مفارقة الآخر ، كأنه قد نزع لباسه [3].

وفي اصطلاح الفقهاء : عــرفه الحنفية بأنه : إزالة ملك النكاح ، المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه [4].

كما عرفه المالكية بأنه : الطلاق بعوض سواء ، أكان من الزوجة أم من غيرها ، من ولي أو غيره بلفظ الخلع ، فمعناه عندهم يتمثل في أن تبذل المرأة أو غيرها ، للرجل مالاً على أن يطلقها ، أو تسقط حقا لها عليه ، فتقع به طلقة بائنة ، وهو عند المالكية شامل للفرقة بعوض أو بدونها ، كأن يقول لها : خالعتك ، أو أنت مخالعة [5].

---

(١) مختار الصحاح – ص ١٨٥ .

(٢) سورة البقرة – آية ١٨٧ .

(٣) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع – جـ ٤ – ص ٨٥ ، والمغني لابن قدامه – جـ ٧ – ص ٥٢ .

(٤) فتح القدير – جـ ٣ – ص ١٩٩ ، حاشية ابن عابدين – جـ ٢ – ص ٧٦٦ .

(٥) الشرح الصغير – جـ ٢ – ص ٥٦٨ ، والقوانين الفقهية – ص ٢٣٢ .

وعند الشافعية : يعرف بأنه فرقة بين الزوجين بعوض ، بلفظ طلاق أو خلع ، كقول الرجل للمرأة طلقتك ، أو خالعتك على كذا ، فتقبل [١].

كما عرفه الحنابلة : بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة [٢].

وقد عرفه كثير من الفقهاء المحدثين بما لا يخرج عن هذا المعنى [٣].

أدلة مشروعية الخلع :

وقد قامت الأدلة على مشروعية الخلع من الكتاب ، والسنة وآثار الصحابة ، والاجماع .

أما الكتاب :

فقول الله تعالى : " ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " [٤]، حيث دل هذا القول الكريم ، على رفع الجناح عن الزوجين في حال افتداء الزوجة نفسها من زوجها ، بمال تدفعه له عند خوفها من عدم اقامة حدود الله معه ، لكرهها إياه ورغبتها في عدم العيش معه ، يقول ابن قدامه : وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه ، أو خلقه ، أو دينه ، أو كبره ، أو ضعفه ، أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته ، جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدى به نفسها منه لقول الله تعالى : " فلا جناح عليهما فيما افتدت به "[٥] ،

---

(١) مغني المحتاج – جـ ٣ – ص ٢٦٢ .

(٢) كشاف القناع – جـ ٥ – ص ٢٣٧ ، والمغني لابن قدامه – جـ ٧ – ص ٥٢ .

(٣) راجع : د. زكي الدين شعبان – السابق – ص ٤٥٩ ، محمد أبو زهرة – السابق – ص ٣٨٥ ، د. محمود الطنطاوي – السابق – ص ٣٣٤ ، د. محمد يوسف موسى – السابق – ص ٣٠١ .

(٤) سورة البقرة – آية ٢٢٩ .

(٥) المغني – جـ ٧ – ص ٥١ ، وقد سبق تخريج الآية .

وقوله تعالى : " فإن طبن لكم عن شيىء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً " (١).

ومن السنة :

بما رواه البخاري عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت يا رسول الله : إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : أتردين عليه حديقته ، فقالت نعم ، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – لقيس : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة (٢)، وفي رواية أخرى ، زيادة : لا أطيقه بغضاً ، بعد قولها : ولكني أكره الكفر في الإسلام ، واسم المرأة حبيبة بنت سهل الأنصاري ، وفي رواية الموطأ : هي جميلة بنت أبي سلول (٣)، وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن ابن ماجه : أن ثابت بن قيس كان دميماً ، وأن امرأته قالت : لولا مخافة الله إذا دخل على لبصقت في وجهه (٤).

وجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه دل على شرعية الخلع ، وصحته ، وأنه يحل أخذ العوض من المرأة(٥)، والأمر في الحديث الشريف مراد به في نظرنا الوجوب ، وليس

---

(١) سورة النساء : آية ٤ .

(٢) نيل الأوطار – للشوكاني – جـ ٦ – ص ٢٤٦ ، وسبل السلام للصنعاني – جـ٣ – ص ٢٩٦ .

(٣) الموطأ – ص ٢٤٨ ، سبل السلام ، المكان نفسه حيث ذكر أن البخاري سماها جميلة ذكره عن عكرمة مرسلاً ، وأخرج البيهقي مرسلاً أن اسمها زينب بنت عبد الله بن أبي سلول .

(٤) سبل السلام – نفس المكان السابق .

(٥) سبل السلام للصنعاني – جـ ٣ – ص ٢٩٧ ، حيث يرى أن الأمر مراد به الوجوب وليس الاستحباب ، وما يراه هو الراجح في نظرنا .

الندب أو الاستحباب ، كما ذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء ، لأن الندب وإن كان مما يلائم أحوال من سبقونا لشدة ورعهم ، وشموخ كرامتهم، حتى كان الواحد منهم لا يقبل على نفسه أن يعيش مع زوجة لا تطيقه ، وتصرح أمام الملأ بأنها تمقته بغضاً ، كما أن لدد الخصومة لم يكن متفشياً بين الناس ، وكانت تقوى الله غالبة عليهم ، وعلى ضوء هذا الفقه الواقع يكون من الملائم القول بالاستحباب ، لأن داعى الشرع فيه، يكمله داعي الطبع الساري بين الناس ، أما اليوم ، فقد تفشى الجحود والنكران ، وأصبح الشأن الغالب لدى المتنازعين فجر الخصومة ولدد النزاع ، فلو كان الأمر مستحباً لهم لما أقدموا عليه ، ولأن الخلع مقرر لصالح المرأة وضد رغبة رجل قد يكون متعلقاً بها ، وميالاً للعيش معها ، فإذا ما جعل هو الحكم في تطبيق ما قرره الشرع عليه بنظام الخلع ، يكون قد صار خصماً وحكماً في آن واحد معاً ، وشرع الله منزه عن هذا ، حيث لا يعقل أن يقرر الشرع حكماً على شخص لصالح شخص آخر ، ويجعل تطبيق هذا الحكم منوطاً بإرادة المحكوم عليه ، وإلا كان في ذلك مصادرة على المطلوب مما شرعه ، وشرع الله منزه عن هذا .

ومن آثار الصحابة :

يدل على مشروعية الخلع ما نقله ابن قدامه في المغنى : عن عثمان وابن عمر ، وابن عباس ، وعكرمة ، ومجاهد ، وقبيصة بن ذؤيب ، كما روي عن على [1] ، رضى الله عنهم جميعاً .

ومن الإجماع :

قال بمشروعية الخلع جميع الفقهاء بالحجاز والشام ، وقد قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالف في مشروعيته ، إلا بكر بن عبد الله المزنى ،

---

(١) المغني – جـ ٧ – ص ٥٢ ، وما بعدها .

فإنــه لــم يجزه ، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقول الله تعالى : " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخــذن مــنكم ميثاقاً غليظاً [1] " ، كما روى عن ابن سيرين وأبي قلابة أنــه: لا يحل الخلع ، حتى يجد على بطنها رجلاً ، لقول الله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة [2] " ، وقــد قــال ابــن قدامه : هذا مردود بآية الخلع والخبر ، وأنه قول عمر وعثمان ، وعلى ، وغيرهم من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فيكون إجماعــاً ، ودعــوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع ، وأن الآية الناسخة متأخرة ، ولم يثبت شيىء من ذلك [3].

التكييف الفقهي للخلع :

ووضــع الخلــع من الناحية الفقهية يتمثل في أنه عقد بايجاب وقبول ، ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ، فهو من جانب الرجل يعتبر تعليقاً للطلاق على قبول المال ، والتعليق يسمى يميناً في اصطلاح الفقهــاء ، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة ، لأنها التزمت بالمال في مقــابل افــتداء نفســها ، وخلاصها من الزوج ، ولكنها ليست معاوضة محضة ، بل فيها شبه بالتبرعات ، لأن المعاوضة المحضة تكون إذا كان كــل مــن العوضين مالاً أو في حكمه ، وما يثبت للزوجة نتيجة للخلع ، وهــو افــتداء نفسها وخلاصها من الزوج لا يعد مالاً شرعاً ، فلا يكون

---

(١) سورة النساء – الآيتان ٢٠ ، ٢١ .

(٢) سورة النساء – آية ١٩ ، وقد نقل الاجماع ابن قدامه في المغنى – جـ ٧ – ص ٥١ .

(٣) المغني – جـ ٧ – ص ٥٢ .

الخلـــع في حقها معاوضة محضة ، وهذا عند أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب [1].

وجمهــور الفقهـــاء يعتبرون الخلع معاوضة : فلا يحتاج في صحته إلى قـــبض العــوض ، فلــو تــم من قبل الزوج وماتت المرأة أو فلست أخذ العــوض مـــن تركتها وأتبعت به ، ويجوز رد العوض بالعيب فيه ، لأن إطـــلاق العقد يقتضي السلامة من العيب ، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهـــر ، ويصح الخلع منجزاً بمعنى المعاوضة ، لما فيه من معناها ، ويملك العوض بالعقد [2].

ولـــيس معنى المعاوضة في الخلع عند جمهور الفقهاء ، تمول البضع ، وإنما هي معاوضة بالمعنى العام ، لأن ما تبذله المرأة في الخلع لا يقابل مالاً ، وإنما يقابله اسقاط حقه في البضع ، وليس فيه تمليك شيىء لها ، يقول ابن قدامه : الخلع كالطلاق معنى ، يجوز تعليقه بالشرط ، فجاز أن يســتحق بـــه العــوض المجهول كالوصية ، لأن الخلع اسقاط لحقه من البضـــع، وليس فيه تمليك شيىء ، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، وإذا صح الخلع ، فلا يجب مهر المثل ، لأنهـــا لـــم تبذله ، ولا فوتت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الـــزوج غير متقوم ، بدليل أنها لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيىء [3].

---

(1) بدائع الصنائع – للكاساني – جـــ ٣ – ص ١٤٥ ، وحاشية ابن عابدين على الـــدر المختار – جـــ ٢ – ص ٧٦٨ ، والمبسوط للسرخسي – جـــ ٦ – ص ٧٣ .

(2) حاشية الصاوي على الشـــرح الصغير – جـــ ٢ – ص ٥١٨ ، ص ٥٣١ المهذب للشيرازي – جـــ ٢ – ص ٧٢ ، والمغني لابن قدامه – جـــ ٧ – ص ٥٧ – ص ٦٧ .

(3) المغني – السابق – ص ٦٢ .

آثار التكييف الفقهي للخلع :

ويستفاد مما قاله الفقهاء ؛ أنهم متفقون على أن في الخلع صفتين : أنه يمين ، وأن فيه معنى المعاوضة ، وقد ترتب على اعتبار الخلع يميناً من جانب الزوج أنه إذا ألزم نفسه الخلع نظير مبلغ من المال ، لا يملك الرجوع قبل قبول الزوجة ، لأنه تعليق ، والتعليق لا يملك الزوج الرجوع فيه ، كما أن إيجاب الزوج لا يبطل بقيامه من المجلس الذي أوجب فيه الخلع ، ولا يجوز أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة ، لأنه لا يملك الرجوع ، والرجوع يعطيه هذا الحق في مدة الخيار ، كما يجوز للزوج أن يعلق الخلع على حصول أمر في المستقبل وأن يضيفه إلى زمن مستقبل كذلك [1].

ويترتب كذلك على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة له شبه بالتبرعات : أن الزوجة لو ابتدأت بالخلع على مبلغ من المال ، يجوز لها أن ترجع عن هذا الايجاب قبل قبول الزوج ، لأن الايجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر وهذا مقرر في الشريعة كما أنه مقرر في القانون ، ولابد من قبول المرأة في المجلس إذا كانت حاضرة ، أو قبولها في مجلس علمها بالإيجاب إن كانت غائبة ، كما يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها الحق في القبول أو الرد ، ولا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط ، ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك ، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الاضافة ، كما أن بدل الخلع لا يلزم المرأة

---

(١) راجع في هذا المعنى : د. زكي الدين شعبان – السابق – ص ٤٦٠ وما بعدها ، محمد أبو زهرة – ص ٣٨٥ وما بعدها ، د. محمد يوسف موسى – السابق – ص ٣٠٣ وما بعدها ، د. محمود الطنطاوي – السابق – ص ٣٤٠ ، وما بعدها .

إلا إذا كانت أهلاً للتبرع ، بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، لأن للخلع صفة التبرع ، مع أنه معاوضة من قبل الزوجة [1].

الآثار التي تترتب على وقوع الخلع :

ويترتب على وقوع الخلع مستوفياً شروطه آثار شرعية تتمثل في وقوع الطلاق بائناً عند جمهور الفقهاء [2]، أما عند الحنابلة فقد اختلفت الرواية فيه عند الإمام أحمد ، ففي احدى الروايتين أنه فسخ ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس ، وطاووس ، وعكرمة ، واسحاق ، وأبي ثور وأحد قولي الشافعي ، والرواية الثانية : أنه طلقة بائنة ، روي ذلك عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعطاء وقبيصة ، وشريح ومجاهد ، وأبي سلمة ابن عبد الرحمن والنخعي ، والشعبي والزهري ومكحول ، ومالك والأوزاعي ، والثوري وأصحاب الرأي ، وقد روي عن عثمان وعلى وابن مسعود ، لكن ضعف أحمد الحديث عنهم ، وقال : ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ ، واحتج ابن عباس بقول الله تعالى : " الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به " [3]، ثم قال الله تعالى : " فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " [4]، فذكر الله تطليقتين والخلع ، وتطليقة بعده ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلاق

---

(١) د. زكي الدين شعبان – السابق – ص ٤٦٢ ، أبو زهرة – السابق – ص ٣٨٧ ، د. محمد يوسف موسى – السابق – ص ٣٠٤ ، د. محمود الطنطاوي – السابق – ص ٣٤٢ .

(٢) بدائع الصنائع – جـ ٣ – ص ١٤٤ ، بداية المجتهد – جـ ٢ – ص ٦٩ ، والمهذب – جـ ٢ – ص ٧٢ ، والشرح الصغير – جـ ٢ – ص ٥١٨ .

(٣) سورة البقرة – آية ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة – آية ٢٣٠ .

أربعــاً، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فكانت فسخاً كسائر الفسوخ [1].

ووجـه الـرواية الثانـية : أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً [2]، وقــد أخذ القانون بهذا الرأي في المادة (٢٠) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م ، حيث قالت : " ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن " .

أقــول : وســواء كان الخلع حكمه الطلاق البائن أو الفسخ ، فإن المرأة تــرفع فيه ضرراً نفسياً محققاً ، مقابل ما تدفعه للزوج كمقابل لتعويضه عــن الضرر الذي يمكن أن يكون قد حل به ، بسبب فراقها له بسبب من جهتها .

كمــا يترتب على الخلع لزوم المقابل والبدل في ذمة الزوجة ، سواء كان مــبلغاً من النقود أم منفعة تقوم بمال كأجرة الرضاعة أو الحضانة ، كما تســقط كــل حقوق الزوجة الثابتة وقت الخلع لكل منهما على الآخر من المهر والنفقة ، أما الديون التي تتعلق بهذا الزواج الذي انتهى فلا يسقط مــنها شــيء ، وعلى ذلك لا يكون لها عليه شيء من المهر الذي لم تقبضــه ، سواء كان الخلع قبل الدخول أم بعده ، ويسقط مالها من نفقة ماضــية تجمــدت عليه ، وكذلك يسلم لها كل المهر الذي دفع وليس له اســترداد شيء منه ، ولو كان الخلع قبل الدخول ، ولا يسترد شيئاً من الــنفقة التــي قد قدمها لها قبل الخلع ، وقبل استحقاقها لها ، ولا تسقط نفقة العدة لأنها لم تكن ثابتة على الزوج حين الخلع ، حيث لم يكن وقتها قد حل بعد ، إلا إذا نص عليها كبدل للخلع ، فإنها تسقط في هذه الحالة ،

---

(١) المغني لابن قدامه – جـ ٧ – ص ٥٦ ، وما بعدها .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

وأساس سقوط هذه الحقوق المالية بالخلع أن لفظه ينبئ عن إزالة العلاقة التي كانت تربط بين الزوجين ، وتجعل لكل واحد منهما حقوقاً على الآخر ، فمتى زالت سقطت كل هذه الحقوق عند أبي حنيفة ، وقد خالف في هذا الإمام محمد بن الحسن ، حيث يرى أن حقوق الإنسان لا يسقط منها شيىء من غير أن يسقطه ، والإمام أبو يوسف يتفق مع أبي حنيفة في سقوط كل تلك الحقوق المالية بالإبراء ، أما في الخلع فلا تسقط لأن لفظ الخلع ليس نصاً في البراءة من كل شرط [1].

وعند جمهور الفقهاء لا يسقط بالخلع شيىء من حقوق الزوجة إلا بإسقاطه ، سواء تم بلفظ الخلع أم المبارأة ، فهو تماماً كالطلاق على مال يقع به الطلاق بائناً ، ويجب به البدل المتفق عليه ، لأن الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على اسقاطها قطعاً ، وليس في الخلع دلالة على اسقاط الحقوق الثابتة ، لأنه معاوضة من جانب الزوجة ، والمعاوضة لا أثر لها في غير ما تراضى عليه الطرفان [2].

ورأي الجمهور ، وإن كان يتفق مع العدالة ، كما يتفق مع قواعد الشريعة التي تقضي بأن الاتفاق لا يسرى إلا على ما يتناوله وينصرف إليه ، إلا أن الخلع – في حد ذاته – سبب شرعي يتناول إسقاط تلك الحقوق ، وقد أفصح القانون الجديد عن توجهه لهذا المعنى فيما تقيده قراءة المادة (٢٠) منه .

---

(١) راجع في بيان رأي الحنفية في هذه المسألة : المبسوط – جـ ٦ – ص ١٨٩ ، ص ١٩٠ ، وبدائع الصنائع للكاساني – جـ ٣ – ص ١٥١ ، وما بعدها ، وفتح القدير – جـ ٣ – ص ٢١٥، حاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ ٢ – ص ٥٧٤ ، وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد المكان السابق ، ومغنى المحتاج – جـ ٣ – ص ٢٧٧ ، كشاف القناع – جـ ٥ – ص ٢٤١ ، د. زكي الدين شعبان – السابق – ص ٣٠٩ ، د. محمد الطنطاوي – السابق – ص ٣٤٣ وما بعدها ، أبو زهرة – السابق ص ٣٩١ ، وما بعدها .

مشروعية الخلع تعويض عن الضرر النفسي :

ويبدو من خلال ما وضعه الفقهاء لاستحقاق بدل الخلع من شروط ، أنه يتمخض عن تعويض الزوج الذي سبب له طلب زوجته فراقه ألماً نفسياً، عمـا أصـابه من ضرر ، وهو بهذا الألم الذي حل به يكون مستحقاً لما قرره الشارع له في بدل الخلع ، فالخلع مشروع لعلاج الكره الحاصل في نفـس المـرأة ، دون أن يقابله في نفس الزوج كره مثله ، ولذلك فإنه يحـرم علـى الـزوج عضل زوجته ، والإضرار بها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه، فإن فعلت ذلك بسبب من جهته فالخلع باطل [1] ، والعوض مردود ، روي ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ومجاهد ، والشعبي والنخعي ، والقاسم ابن محمـد وعروة ، وعمرو بن شعيب ، وحميد بن عبد الرحمن ، والزهري وبـه قـال مـالك والثوري ، وقتادة والشافعي واسحاق ، بدليل قول الله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة [2].

وعلـى هذا فلو أضر الزوج بزوجته لتفتدى نفسها منه ، فإنه لا يحل له أخـذ العوض لأنه يعتبر إكراها منه لها على بذل المال لزوجها في سبيل طلاقهـا ، وهـذا لا يجـوز [3]، لقو له تعالى : " ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه " [4].

---

(١) المغني لابن قدامه – جـ ٧ – ص ٥٤ ، وما بعدها .

(٢) سورة النساء : آية ١٩ .

(٣) المغني لابن قدامه – المكان السابق ، وبداية المجتهد – جـ ٢ – ص ٦٨ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير – جـ ٢ – ص ٣٥٥ .

(٤) سورة البقرة – آية – ٢٣١ .

واشتراط أن يكون طلب التفريق من جهة المرأة ، أو أن يتم قبولها فيما لــو صدر الايجاب منه بناء على كرهها له ، يدل على أن الضرر النفسي الحائق به ، يعتبر ضرراً معتبراً شرعاً ، ويستوجب تعويضه على النحو الذي قرره الشارع في باب الخلع [١].

أثر الخلع على متجمد النفقة :

يطلق لفظ النفقة في اصطلاح الفقهاء ، ويراد به ما تقوم به حياة المنفق عليه ، وأهم عناصره الطعام ، ولذلك كان هو المعنى الخاص له ، ويطلق بالمعنى ، العام ويراد به الطعام والكسوة والسكنى ، وقد استنبط الفقهاء ذلــك المعنى من كتاب – الله تعالى – وسنة نبيه محمد – صلى الله عليه وســلم – ، وآثــار صــحابته ، والمعقول ، أما الكتاب فبقوله تعالى : " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم " [٢]، حيث أفادت الآية أن الواجب فــي الســكنى حيث يسكن المنفق في حدود سعته وقدرته ، والسكنى من مفــردات النفقة ، فدل ذلك على أنها تجب عيناً ، وبقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفســاً إلا مــا آتاهــا "[٣] ، حيث دلت هذه الآية الكريمة على أن الانفاق بحســب ما يسع الإنسان ، وما يقع تحت يده مما يقيم الحياة ، حيث إن التكلــيف بالمشروع إنما يكون في حدود سعة المكلف وما يجده مما يقع تحــت يــده من مأكل ومشرب وملبس ، وفي هذا يقول الإمام الشافعي : النفقة مقدرة محددة ولا اجتهاد فيها لحاكم أو مفت ، وتقديرها هو بحال

(١) راجع في هذا المعنى : د. محمود الطنطاوي – السابق – ص ٣٣٨ ، أبو زهرة – السابق – ص ٣٨٨ ، د. وهبة الزحيلي – السابق – ص ٤٤٩ ، د. محمد يوسف موسى – السابق – ص ٣٠٥، د. زكي الدين شعبان – السابق – ص ٤٦٢ ، ص ٤٦٤ .

(٢) سورة الطلاق – من الآية ٦ .

(٣) سورة الطلاق – من الآية ٧ .

الـزوج وحـده ، فـإن كان موسراً لزمه مدان ، وإن كان متوسطاً فمد ونصف ، وإن كان معسراً فمد [1].

وبقـوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " [2]، حيث أوجب الله الرزق والكسوة في النفقة ، وهما من الأعيان وليس من القيمة النقدية المقدرة ، فدل ذلك على أنها واجبة عيناً .

وأمـا السنة النبوية ، فبما روى عن معاوية القشيرى أن النبى – صلى الله عليه وسلم – سئل : ما حق المرأة على الزوج ؟ ، قال : تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت [3]، وبما روي عن عمرو بن الأخوص من حديث طويل أنه – صـلى الله عليه وسلم – قال : " ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسـوتهن وطعامهـن "[4]، فقد دل هذان الحديثان وغيرهما على أن حق الـنفقة حق عيني محدد بالطعام والكسوة والإسكان ، وهي أعيان محددة يتحقق الانفاق بايصالها لمن تستحقها .

ومن آثار الصحابة ما روي سفيان بن وهب أن عمر – رضي الله عنه – أخـذ المد بيد ، والقسط بيد ، وقال : " إني فرضت لكل نفس مسلمة في كـل شهر مدى حنطة وقسطى خل ، وقسطى زيت ، وزاد غيره ، إنا قد أجريـنا لكم أعطياتكم وأرزاقكم في كل شهر فمن انتقصها فعل الله به كذا وكذا [5]، والأثر واضح الدلالة على المطلوب .

---

(١) تفسير القرطبي – جـ ١٨ – ص ١٧٠ " طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب " .

(٢) سورة البقرة – من الآية ٢٣٣ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وراجع : نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٦ – ص ٢٣٧ – طبعـة الحلبي .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) القرطبي – السابق – ص ١٧١ .

ومن المعقول : أن النفقة كحق الضيف من حيث القرار في البيت ، وحقه يخرج عيناً وليس قيمة ، ومن ثم تكون النفقة واجبة عيناً ، وفقاً لما يدل عليه الكتاب والسنة ، وآثار الصحابة والمعقول .

ولما كانت النفقة تجب عيناً ابتداء ، كان الالتزام بها مقدما على ما سواه عـند الاسـتيفاء وذلك ضماناً لأدائها في وقتها ، لأن تجاوز هذا الوقت يـؤدي إلى فوات النفس بفوات ما تقوم به ، ومن ثم قرر الفقهاء أولوية الاسـتيفاء فيها ، وتقدير الضمانات التي توصل إلى إيفائها ، فإذا مضى الوقت الذي يجب أن تؤدى فيه عيناً ، فات محل التشديد فيها ، وأصبحت ديـناً عاديـاً فـي ذمة المنفق ، يستوفي منه عند المقدرة على وفائه ، ويخضـع فـيه لـنظرة الميسرة ، عملاً بقول الله تعالى : " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون " [1].

وأسـاس ذلـك أن فـوات وقـت استحقاقها قد كشف عن أن مناط ذلك الوجـوب العيـنى قد فات بنجاة النفس من الهلاك مع عدم استيفائها في محلهـا ، وإذا كانـت الـنفس قـد نجت يكون الأداء العيني المشدد في اسـتيفائه ، قـد أصبح غير ذي بال ، فيتحول إلى طائفة الديون العالقة بالذمـة ، والتـي تسـتوفي بحسب حالة اليسر ، وذلك ما ذهب إليه أبو حنـيفة ، حيـث اعتبر ما يتجمد من النفقة ديناً ضعيفاً لهذا المعنى ، فقد استبان أن علة التشديد في الاستيفاء وهي حفظ النفس قد فاتت بنجاتها ، ومن ثم لم يعد لما كان معيناً لحصول تلك النجاة نفس القيمة المقررة له عـندها ، فيـتحول إلـى دين ضعيف بالمقارنة لما كان عليه عند تعين الوجوب .

(١) سورة البقرة – آية – ٢٨٠ .

والديـون العاديـة تمثل حقوقاً للمرأة ، وهي حقوق ثابتة بمقتضى عقد النكاح ، ولهـذا يمكـن أن تكون محلاً للاتفاق عليها كبدل للخلع ، فإذا اتفقـت المرأة مع زوجها على أن يخالعها نظير تنازلها عن حقوقها دخل ضمن مجمل تلك الحقوق ، ما تجمد لها من نفقة في ذمة زوجها ، لأنها مـن ضـمن حقوقهـا لديه ، والفقهاء جميعاً متفقون على هذا ، ولكنهم اختلفوا في سبب سقوط هذا الحق ، وما إذا كان هو النص عليها بالذات في الاتفاق ، أم أنه يكتفي فيها بمجرد التنازل عن حقوقها قبله في مقابل الخلع ؟ قولان في المسألة :

ذهـب الإمام أبو حنيفة إلى أن الاتفاق على الخلع في مقابل تنازلها عن حقوقها قبله ، مما يدخل فيه متجمد النفقة ، وذلك على أساس أن الخلع كالـبراءة مـن كافة الحقوق ، فيقتضي ذلك تنازلها عن متجمد النفقة ، ولأن معـناه وهـو الفصل ، لا يتحقق إلا إذا انتهت كافة الحقوق المعلقة بينهما ، وإلا لم يكن خلعاً ، ولتحققت المنازعة بعده [1].

وذهـب الإمام محمد ، إلى أن الخلع لا يسقط إلا ما نص عليه ، ولا يجب بـه إلا ما اتفقا عليه ، ولأن تلك الحقوق لا تسقط إلا بالاتفاق الصريح ، وما لم يوجد ذلك الاتفاق لا تسقط تلك الحقوق بالخلع [2].

ومـا ذهب إليه أبو حنيفة ، هو الذي يؤيده جمهور أهل العلم ممن ذهبوا إلـى أن الخلع فسخ ، وليس طلاقاً [3]، فإذا كان الخلع فسخاً ، فإنه يزيل كافـة الآثـار الناشـئة عن عقد النكاح بقوة الشرع دون حاجة إلى نص

---

(١) بدائع الصنائع – للكاساني – جـ ٣ – ص ١٥١ ، وما بعدها .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) وهو رأي ابن عباس ، وعثمان ، وعبد الله بن عمر ، والربيع وعكرمة وطاووس وأبو ثور . وهو رأي الشافعية ، والحنابلة ، وقاله ابن المنذر ، ورجحه الشوكاني ، وابن القيم .

خـــاص أو اتفاق محدد بشأنها ، حيث فات سببها واستبان بالفسخ أنه لم يكن لها أساس شرعي ، ومن ثم فإنها تسقط به أصالة .

ورغم وضوح الحق في تلك المسألة إلا أن القانون (٢٥) لسنة ١٩٢٠م في مادته الأولى قد نحا منحى يخالفه ، وذهب إلى أن النفقة لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وهو ما أدى إلى أن يفهم البعض أن متجمد النفقة لا يســـقط بالخلع إلا إذا نص عليه ، وأصدرت وزارة العدل تعليمات تتضمن أن دين النفقة بعد القانون المذكور لا يسقط بالطلاق ولو خلعاً .

وهذا الاتجاه القانوني قد شابه العيب من كل وجه ، لأنه قد أسس الأحكام التـــي تبـــناها على قوة دين النفقة ، والنفقة لا تكون كذلك إلا عند تعين أدائها ، فإذا فات محل الأداء ، وتحولت إلى دين عادي ، فإن هذا الدين لا تكـــون له نفس القوة التي كانت مقررة لأصله وهو دين النفقة ، حيث لم يعـــد يرتـــبط بـــه هلاك النفس أو تلفها ، وهما علة القوة في استحقاق الـــنفقات ، ولأن الخلع – إضافة – إلى ما ذهب إليه جمهور أهل العلم ، وهـــو الـــراجح لديـــنا من أنه فسخ ، يؤدي إلى أن تزول به كل الحقوق المالـــية الناشـــئة عن عقد النكاح المفسوخ به ، وهذا يعنى تسوية كافة الآثار الناشئة عن عقد النكاح ، حتى لا يكون بين الزوجين ما يدعو إلى نشـــوب خلافـــات جديـــدة بينهما ، بعد وقوع الخلع ، والقول ببقاء حق المخـــتلعة فـــي مـــتجمد نفقـــتها بعده ، فيه مصادرة على معنى الخلع ، والـــتفاف علـــى أحكامـــه المقررة شرعاً ، ولا يتصور شرعاً أن يعطى الشـــارع المـــرأة حق الافلات من ربقة النكاح ورقه بما تبديه من مقابل لـــزوجها ، ثـــم تستبقى من بين تلك الحقوق أحدها ، وهو متجمد النفقة لـــترفع ســـيف العصـــيان به في مواجهة الزوج ، وتجره إلى منازعات قضائية ما شرع الخلع إلا لحسمها .

ونــص الفقــرة الأولـــى من المادة ٢٥ لسنة ١٩٢١م ، فيه ما يفيد هذا المعنى ، حيث جعل سقوط متجمد النفقة بالأداء أو الابراء ، ومن المقرر أن التـــنازل عن حقوق الزوجة في مقابل الخلع ، إنما هو إبراء معنى ، ولذلـــك كان داخلاً ضمن دلالة هذا النص ، وكان ما فهمه البعض من أن القانون المذكور قد منع سقوط متجمد النفقة بالخلع ، إنما هو قول يجافي في الصواب ، وينافي الفهم القانوني الصحيح لهذا النص [1].

وقــد حســم المشرع الموقف بالنسبة لتلك المسألة في المادة (٢٠) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م ، وذلك بالنص على أنه : " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه ، وأقامت الزوجة دعواهــا بطلــبه ، وافتدت نفسها ، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقهــا المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه " ، وكما يبدو من هذا النص فإنه قد حسم الخلاف حول متجمد النفقة بما ذكره بقوله : " بالتنازل عن جميع حقوقها " ، وهو مــا يفــيد أن كافة الحقوق الثابتة للمرأة بموجب عقد النكاح إنما تسقط جميعها بطلب الزوجة الخلع دون اتفاق خاص بشأنها أو شأن واحد منها، ومعلــوم أنه لا اجتهاد مع النص ، ومن ثم لم يعد ثمة مجال للأخذ برأي من يرى عدم سقوط متجمد النفقة بالخلع من الفقهاء أو من سواهم .

كما أنه من المعلوم أيضاً أن النص اللاحق ينسخ النص السابق ، ومن ثم لــم يعد هناك مسوغ للاحتجاج بما كان يقضى به نص المادة الأولى من القانون (٢٥) لسنة ١٩٢٠م ، ويكون من المقرر فقهاً وقانوناً أن متجمد

---

(١) في هذا المعنى : الشيخ محمد أبو زهرة – ص ٣٣٥ .

نفقة الزوجية يسقط بالخلع ، ولا يكون للزوجة حق المطالبة به بعد وقوعه ، لأنه قد سقط به .

الأساس الفقهي لنظام الخلع في القانون الجديد :

وقد صدرت المادة (٢٠) من القانون (١) لسنة ٢٠٠٠م متضمنه تنظيماً عملياً وتطبيقياً لنظام الخلع ، فسدت بذلك نقصاً كان موجوداً في التشريعات السابقة ، وأتاحت لهذا النظام الشرعي أن يجد طريقه للتطبيق في الواقع العملي ، ليضفى على الأسر المضطربة مسحة من الاستقرار ، ويعيد للمرأة ثقتها بنفسها ، حتى لا تكون مضطرة إلى العيش مع الرجل مضطرة مرغمة ، فليس من مصلحتها ، ولا من مصلحة الأسرة ، أو المجتمع ذلك ، وقد صدر القانون بعد مناقشة ضافية من مجمع البحوث الإسلامية وموافقة من غالبية أعضائه ، وقد كان لي شرف المشاركة في مناقشة هذا القانون ، ويطيب لي أن أقرر ما يلي :

لقد عرض القانون كاملاً على لجنة البحوث الفقهية بالمجمع ، وناقشت مواده مادة مادة ، مناقشة مستفيضة عبر جلسات متواصلة ، خلال ما يقرب من أربعة أشهر ، كان بعض تلك الجلسات يتجاوز وقتها أربع ساعات ، حتى انتهت اللجنة من دراسة القانون ، وتعديل ما رأت تعديله من مواده ، وقد دعت اللجنة لحضور جلساتها كبار الفقهاء والخبراء في الفقه الاسلامي ، الذين شاركوا مع أعضائها بعلمهم وآرائهم ومناقشاتهم، وكان ما انتهى إليه المشروع ، وبالصورة التي وصل بها إلى مجلس الشعب وأمام الناس الآن ، هو الخلاصة الأمينة لما أسفر عنه الرأي الراجح من تلك المناقشات ، والذي لا يخرج قيد أنملة عن أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ، ومن المواد التي تمت مناقشتها تلك التي تنظم الخلع، وقد حظيت بالموافقة الكاملة عليها من أعضاء اللجنة الفقهية

والخبراء الذين انضموا إليها ، وحين عرض ما انتهت إليه لجنة البحوث الفقهية على المجمع في جلساته العامة ، أعاد مناقشة المشروع متكاملاً علـــى هـــدى مـــا انتهت إليه اللجنة ، وعدل بعض المواد على ضوء ما كشـــفت عنه مناقشات السادة العلماء ، واستبان أنه الرأي الأرجح ، حتى أخذ المشروع حظه الكامل من الدراسة والمناقشة الموضوعية ، التي قال كـــل عضـــو فيها رأيه بأمانة وموضوعية ، بعيداً عن أي تأثير أو ضغط يـــنأى بصاحب أي رأي عن الحياد فيه ، ، أو أن يقول غير ما يؤمن به ويعـــتقد أنـــه الصواب وأثمر كل ذلك ؛ القانون المعمول به الآن ، وذلك خلافـــاً لما يحاول البعض الترويج له في تعليقاته على القانون ، وللأمانة والحـــق أقول : لم يختلف أحد من أعضاء المجمع في مشروعية الخلع ، أو أنـــه أحد ما شرعه الإسلام من الحلول الحكيمة لمشاكل الأسرة ، حين يحـــتدم الـــنزاع بين الزوجين ، وتصبح العشرة بينهما مستحيلة ، أو إذا جنحـــت نحو النزاع الذي لا يتحقق معه ما أرشد إليه الشارع الحكيم من مودة وسكينة ورحمة ، والقول بمشروعية نظام الخلع ليس خاصاً بكافة أعضـــاء مجمـــع الـــبحوث الإســـلامية وحدهم ، ولكنه رأي كافة علماء المســـلمين الذيـــن يعـــتد برأيهم في الدين ، حيث لا يقدر أحد على إنكار مشـــروعيته ، لأنـــه معلـــوم من الدين بالضرورة ، ولا ينكر مشروعيته الأمـــارق عـــن ربقة الدين ، وبهذا يستبين – بداية – مدى ما تردى فيه الـــبعض مـــن خطـــأ حين قالوا : إن بعض أعضاء مجمع البحوث ، غير موافقين على القانون ، وخاصة الخلع، فهذا القول غير صحيح ، حيث لا يجـــوز أن يختلف على مشروعية الخلع أحد من علماء المسلمين ، فضلاً عـــن أعضـــاء مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف ، المشهود لهم بالعقل الراجح ، والأمانة الكاملة والعلم الغزير .

بيد أن اتفاق كل أعضاء المجمع في مشروعية الخلع ، لم يمنع من اختلاف بعضهم حول نوع تلك المشروعية ، أي درجة طلب الشارع لها ، وما إذا كان الخلع مستحباً أو واجباً ، اختار القول بالوجوب معظم الأعضاء ، ورأى القول بالاستحباب عدد لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة ، والواقع أن هذا الاختلاف ليس حادثاً ، وإنما هو خلاف قديم بين كبار أئمة الفقه في المذاهب الأربعة وغيرها ، حيث انقسم الرأي في الحكم التكليفي للخلع إلى واجب أو مستحب ، واختلاف أعضاء المجمع في تلك المسألة إنما هو امتداد لهذا الاختلاف ، أو بتعبير أدق : هو اختيار لأحد الرأيين اللذين سبق أن قال بهما جمهور فقهاء المذاهب المختلفة .

والذين قالوا بالاستحباب استندوا إلى ما يفيده لفظ الأمر في حديث النبي – صلى الله عليه وسلم – : " إقبل الحديقة وطلقها "[1] ، حيث قالوا : إنه للارشاد الدال على الاستحباب ، ولا يفيد الوجوب ، ومما يرجح هذا الاتجاه لديهم ، قول الله تعالى : " فلا جناح عليهما فيما افتدت به "[2] ، فقد دل نفي الجناح في بذل المال للخلع من الزوجة ، وقبوله من الزوج ، على الإباحة من جهة أنه أحد الصيغ الموضوعة للدلالة عليها ، وهذا يدا على أن الأمر للإباحة ، وليس للوجوب ، وفي نظرنا ، ونظر معظم أعضاء مجمع البحوث الإسلامية :

أن هذا القول مرجوح وليس راجحاً ، والراجح في نظرنا ، أن الأمر في حديث النبي – صلى الله عليه وسلم – للوجوب ، وذلك لأنه موضوع له أصلاً ، فلا يجوز العدول عن معناه الحقيقي بدون قرينة تفيد القطع ، وقرينه نفي الجناح الواردة في قول الله تعالى : " فلا جناح عليهما فيما

---

(١) سبق تخريجه الحديث في أدلة مشروعية الخلع .

(٢) سورة البقرة – من الآية ٢٢٩ .

افـتدت به " ، لا تفيد ذلك ، لأن سياقها قد جاء في النظم القرآني للدلالة الأصـلية على إباحة أخذ ما نص على تحريم أخذه ، بقول الله تعالى : " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعـض وأخـذن منكم ميثاقاً غليظاً "[1] ، فقد حرم الله أخذ ما بذله الزوج لزوجـته بـتلك الآيـة الكريمة ، كما حرم عضل المرأة لانقاصها بعض حقـوقهـا الماليـة في قـوله تعالـى : " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض مـا آتيتموهـن "[2] ، فلمـا شـرع أخذ المال في الخلع ، عبر عن تلك المشـروعية بنفي الجناح ليرفع الحرج عن نفـوس الازواج في قبـول مـا سبق تحريمه عليهم بالآيتين الكريمتين ، ويكون التعبير بنفي الجناح نصاً في تلك المشروعية وملائماً لها ، ومن ثم يكون نفي الجناح في أخذ مال الخلع دليلاً على إباحة أخذ المال فيه ، وليس دليلاً على أن الأمر فيه للإباحـة ، ويكـون معـنى الأمـر فيه باقياً على أصله في الدلالة على الوجوب، ومما يرجح القول بالوجوب أن الله - تبارك وتعالى - قد خير المسـلم بيـن واجبين في قوله تعالى : " فإمساك بمعروف ، أو تسريح باحسـان "[3] ، وقولـه تعـالى : " فامسـكوهن بمعـروف أو فارقوهن بمعـروف"[4] ، وقولـه تعـالى : " فامسـكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعـروف "[5] حيث خيره بين الامساك بالمعروف والتسريح بإحسان في تلـك المواضـع المـتعددة مـن كتابه الكريم ، وهما واجبان على سبيل

(١) سورة النساء - آية ٢١ .
(٢) سورة النساء - من الآية ١٩ .
(٣) سورة البقرة - من الآية ٢٢٩ .
(٤) سورة الطلاق - من الآية ٢ .
(٥) سورة البقرة - من الآية ٢٣١ .

التبادل، فإذا تعذر أحدهما يتعين الثاني ، وعند الخلع يصبح الإمساك بالمعروف متعذراً فيتعين الواجب الثاني ، وهو التسريح باحسان ومن ثم يكون الأمر للوجوب ، وليس للندب أو الاستحباب ، ويكون القول بذلك هو الراجح .

ومما يدل على ذلك – ايضاً – أن جمهور الفقهاء وهم بصدد بيان حكم الطلاق ، قالوا إنه يكون واجباً في حالات منها ، إذا ارتكبت المرأة فاحشة أو علا شقها على الرجل بما يجعلها تتأبى عن عشرته ، حيث يكون الطلاق واجباً في هاتين الحالتين ، ومن المؤكد أن المرأة التي تطلب مخالعة زوجها من هذا القبيل ، فيكون من الملائم لحالها وجوب التطليق على الزوج ، وهذا يرجح وجوب الخلع ، وذلك مما يؤيده النظر الفقهي السديد ، والفهم السليم لمبادئ الشريعة ومقاصدها ، لأن الأحكام الشرعية تمنع الزوج أن يكون مجرداً عن الكرامة الإنسانية ، حين يبدى تمسكه بزوجة لا ترغب في العيش معه ، إن التمسك بها في تلك الحالة مما ينافي المروءة ، ولا يمكن أن تكون الأحكام الشرعية معيناً له على ذلك ، كما لا يستقيم مع هذا الهدي المستقيم ، أن تبدى الزوجة رغبتها في عدم العيش مع زوج ، وتعلن عن إرادتها في رفع ثمن تلك الرغبة من حر مالها ، برد ما دفعه زوجه لها وإسقاط كافة حقوقها المالية المترتبة على فراقه لها ، ثم نقول بعد ذلك إنه مخير في فراقها ، أو إن فراقها مستحب ، بل الملائم لذلك أن يقال : إن الفراق واجب عليه ، إذ لو كانت الزوجة امة وكاتبت زوجها على هذا النحو لحررها الإسلام ، ذلك ما يقتضيه النظر العادل .

وإذا كانت القرائن تدل على أن الأمر بالطلاق في الخلع للوجوب ، وكان النظر السليم ، والمنطق القديم يرجح ذلك ، يكون ذلك القول هو الراجح الذي يطمئن إليه القلب ، وهو الذى اختاره غالبية أعضاء مجمع البحوث الإسلامية ، والذين خالفوا ذلك واختاروا القول بالاستحباب عدد قليل لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة كما قلت ، وأود أن أشير في هذا الصدد إلى ما يلي :

أولاً : أن الخلاف الذي حدث بين بعض أعضاء المجمع لم يكن خلافاً حول حلال وحرام ، أو بين مطلوب وممنوع ، فالمشروعية في الخلع متفق عليها من الجميع ، ولكنه خلاف حول درجة تلك المشروعية ، أو مقدار الجزم في طلب الشارع له ، وذلك ما يجب أخذه في الاعتبار ، إذ هو – على فرض أنه مستحب – يكون فعله أولى من الترك ، لأن المستحب مطلوب للشارع وليس ممنوعاً ، فإذا خير المسلم بين فعل مستحب أو تركه يكون فعله أولى ، ومن ثم فإن الذين ذهبوا إلى اختيار القول بالاستحباب ، يكون امضاء الخلع بناء على رأيهم أولى من تركه ، ويكون الذين قد أشاعوا عنهم أنهم يرون الحرمة أو عدم الجواز غير موفقين فيما قالوه .

ثانياً : أن القول بالاستحباب أو الوجوب ، مجاله الخطاب الفردي ، وذلك في حالة ما إذا كان الخلع سيتم وينتهي في إطار علاقة الزوج بزوجته ، لكن الأمر سيختلف إذا لم يصلا إلى اتفاق بشأنه ، أو تعسف الزوج في إمضائه نكاية بالزوجة وإضراراً بها ، ووصل الأمر إلى القضاء ، هنا لا نكون بصدد القول بالاستحباب ، وإنما نكون بصدد نزاع قضائي يجب شرعاً وقانوناً الحكم فيه بالعدل الذي شرعه الله لعباده ، وإذا كان الخلع سبباً تترتب عليه أحكامه الشرعية لا يكون ثمة مناص أمام القاضي من

إمضاء حكمه بناء على أن السبب قد جعله الله طريقاً إلى الحكم وموصلاً لـــه ، ويكون تجاهل ذلك بمقولة إن الخلع يوقعة الزوج وليس القاضي ، مجافياً للنظر الصحيح والفهم القويم ، ومضاداً لما شرعه الله ورسوله .

ثالثاً : أن القـــول بضرورة توافر رضا الزوج في الخلع ، لا يتنافى مع ولاية القضاء ورقابته على هذا الرضا ، بحيـــث لا يحـــدث منه جنـــوح أو شـــطط أو تعسف أو ضرر ، لأن كل ذلك منهي عنه في كافة الأحوال بصـــفة عامـــة، وفي علاقة الزوج بزوجته على وجه الخصوص ، وذلك عملاً بقول الله تعالى : " ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا " ، حيث نهي الله عـــن الإمساك للضرر وحرمه ، وليس من الصواب أن يحرم الله الامساك للضـــرر ، ثم يجعل فاعل الضرر هو الرقيب على نفسه ، فينصب الزوج خصـــماً وحكمـــاً في آن واحد معاً ، وهذا لا يصح في التشريع العادي ، فضلاً عن دين الله الذي أحكم الحق نظامه ، كما لا يصح أن يقرر الشارع الخلع ثم يجعل تطبيقه رهناً برغبة الزوج ، إن هذا يتضمن مصادرة على المطلوب مما سنه الشارع الحكيم من تقريره ، وشرع الله منزه عن مثل هذا العبث الذي يحكمه الهوى .

رابعاً : إن صناعة القانون لا تعد لمعالجة مشاكل الناس في حالة السعة والاختـــيار ، وإنما تعد لمواجهة صدام حقيقي قد استمر أواره بين رجل وامـــرأة ، وتطايـــر أمره إلى ساحة القضاء ، وفي هذه الحالة يكون من العـــدل الذي شرعه الله أن يعرف كل واحد منهما الحدود الواجبة لحقوقه بعيداً عن الشطط والهوى ، وامتثالاً لحكم الله ورسوله ، إن القانون إنما يـــتم صـــنعه للحكم بين متخاصمين وللفصل بين متنازعين ، والخلط في الأحكام بين الحالة العادية ، وحالة المثول أمام القاضي لا يمكن أن يؤدي إلى نظر صحيح في المسألة .

فســفر الزوجة ليس كبيرة في حد ذاته ، بدليل ما نراه كل يوم من سفر زوجات لمهام مختلفة برضا أزواجهن ، وعن طيب نفس منهم ، ومن ثم يكون المعول عليه في تفريد وجه الحق في الموضوع ، هو بيان الباعث الــذي تنطوى عليه الإرادة في المنع من قبل الزوج ، لأنه ليس صاحب حــق مطلــق ، وإنما – هو كشأن سائر البشر – صاحب حق مقيد بعدم التعســف ، والذي يتعين له ولاية الفصل في ذلك شرعاً وقضاء وقانوناً هو القاضي .

كمــا أن منع الزوج من السفر ليس بدعه في دين الله ، بدليل أن جمهور الفقهاء قد قرروا في كتبهم جواز منع المدين من السفر في الحق العادي، فــلأن يمنع من السفر ضماناً للوفاء بالدين الممتاز الذي تأتي النفقة على قمــته ، يكون ذلك جائزاً من باب أولى ، إن الزيادة في دين الله كالنقص فــيه، كلاهما موثم ممنوع ، ولا يجوز أن يعطي أحد لنفسه حق الخوف على دين الله أكثر من رب الدين الذي شرعه ، وأحكم بناءه ، وطلب من عباده أن يتمثلوا له ويتبعوه ، لا أن يبتعدوا عنه ويبتدعوا فيه .

خامساً : لا يوجــد في الدنيا من يمكن أن يزعم أنه صاحب حق مطلق ، فليس هناك ما يسمى بالحق المطلق لأحد من العباد أيا كان وضعه ومهما كــان مركــزه ، فــالحق المطلــق لله وحده ، الذي لا يسأل عما يفعل – سبحانه– له الملك والملكوت ، أما العباد جميعاً ، فإن حقوقهم مقيدة بعدم حصــول مفســدة تفوق المصلحة الراجحة من تقريرها ، فإذا ترتب على اســتعمال الحــق مفسدة أكبر من المصلحة الناجمة عنه يكون ذلك الحق محــل نظر ، حيث يجب أن يتقيد بعدم التعسف أو مضارة الآخرين ، أو إلحاق الأذي بالفرد أو الجماعة .

وهـذا الأصـل التشريعي حاكم لكافة حقوق العباد ، فإذا كان حق الزوج مقـرر في التراضي على الخلع ، أو في طاعة زوجته له ، وقرارها في بيته فلا تغادره إلا بإذنه ، فإن هذا الحق إذا حدث فيه تعسف أو شطط ، أو شـابه مـن المفاسد ما يقتضى تقييده ، فإن هذا التقييد يكون مطلوباً شرعاً، ويكون التقاعس عنه مخالفاً لما شرعه الله ورسوله .

والفقهـاء القدامـى قـد طبقوا ذلك في كثير من الفروع التي تدل على صـحته، وذلك حين أجازوا لمن وجب عليها الحج وتوافرت شروط أدائه علـيها ، ومنها الرفقة الآمنة : أن تسافـر للحج حتى إذا منعها زوجها ولا تكـون ناشـزاً بسبب ذلك ، كما أجازوا للمرأة أن تخرج للجهاد بغير إذن زوجهـا إذا تعيـن الجهاد عليها في حالة النفير العام ، وهذا يعطينا مؤشـراً يجوز لنا بمقتضاه أن نوازن بين الحقوق بما يمنع التعسف في كافة أحوالها .

كانت هذه بعض الملاحظـات التـي عنت لى ، وأرى من الواجب على أن أقولها ، إبراء للذمة ، وأداء للأمانة باعتبار أنني كنت أحد الذين تشرفوا بمناقشـة هـذا الموضـوع ودراسته ، والمشاركة في مراجعته وإقراره بمجمع البحوث الإسلامية ، وأشهد الله أن الحق لم يغب عن أعيننا وقت الاضـطلاع بتلك المهمة الجليلة طرفة عين ، وإنما كان جل همنا هو أن تكون صياغة المواد التي يأتلف منها هذا المشروع في جملته وتفصيلات مـواده ، موافقة تماماً لشرع الله دون تفريط أو هدف خاص ، أو مأرب شخصـى ، خاصـة بعد أن استباح الكثيرون لأنفسهم أن يرموا العلماء الأجـلاء بالتقصـير والتفريط ، ونصبوا أنفسهم أبطالاً وحماة لدين الله .

بهـدف لا يخرج – في كثير من حالاته – عن تملق عواطف العوام عناداً أو عـن جهالـة ، أو تحقيقاً لزعامة مقصودة ، أو غير ذلك من المآرب البعـيدة عن الموضوعية ، كالحقد والتشفى وتصفية الحسابات ، وهو ما يجب أن يتنزه عنه الجميع ، أدعو الله تبارك وتعالى أن يوفقنا للصواب ، وأن يرشـدنا إلـى الحق ويرزقنا اتباعه ، والله من وراء القصد ، وهو سبحانه وتعالى الموفق والمعين .

(أهم المراجع)

(١) دكتور / اهاب حسن إسماعيل – شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية – الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ – دار القاهرة للطباعة .

(٢) أحمد سلامة ، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين (الموجز) سنة ١٩٧٠م .

(٣) دكتور / توفيق فرج ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين المصريين – الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٩م .

(٤) دكتور جميل الشرقاوي ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والأجانب – طبعة سنة ١٩٦٦م ، والأحوال الشخصية لغير المسلمين – الكتاب الأول – الزواج – طبعة سنة ١٩٧٦م.

(٥) المستشار / حلمي بطرس – أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين .

(٦) دكتور / سمير تناغو – أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين.

(٧) دكتور / سعيد جبر – النظام القانوني للزواج عند المسيحيين المصريين – طبعة سنة ١٩٨٤م .

(٨) دكتور / شفيق شحاته – أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين – جـ ١ – في مصادر الفقه المسيحي وفي الخطبة سنة ١٩٥٧م – والجزء الثاني .

(٩) دكتور / عبد الودود يحيى – أحكام قانون الأسرة لغير المسلمين من المصريين – طبعة سنة ١٩٧١م .

(١٠) دكتور / عبد الناصر العطار – أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم .

(١١) دكتور / عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – الطبعة السادسة .

(١٢) مسعود حاي بن شمعون – الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين – طبعة سنة ١٩٢١م .

(١٣) محمد نمر والفي بقطر – الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية من المصريين .

(١٤) دكتور / محمد حسن منصور – النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية – منشأة المعارف بالإسكندرية .

فهرس تفصيلى بمحتويات الكتاب

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة
إغفال بعض إجراءات المراسيم	١٨٩
حالات بطلان الزواج	١٩١
أولاً: أحوال البطلان المطلق	١٩١
ثانياً : أحوال البطلان النسبى	١٩٢
المبحث الخامس:	
أحكام بطلان الزواج	١٩٥
تصحيح البطلان وعد رجعيته	١٩٥
المطلب الأول:	
الزواج الظنى	١٩٦
التعريف بالزواج الظنى	١٩٦
الزواج الظنى فى الشرائع المسيحية	١٩٦
شروط الزواج الظنى	١٩٧
آثار الزواج الظنى	١٩٨
الزواج الظنى فى شرائع اليهود	١٩٩
المطلب الثانى:	
تصحيح الزواج	٢٠٠
اولاً: التصحيح البسيط	٢٠٠
ثانياً: التصحيح من الأصل	٢٠٢
تصحيح الزواج فى الشرائع الأخرى	٢٠٤
الباب الثالث:	
آثار الزواج	٢٠٥
الفصل الأول:	
الحقوق المقررة لكل من الزوجين	٢٠٦

الموضوع	صفحة

المبحث الأول:

المبحث الثانى:

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

"تم بحمده الله وتوفيقه"

رقم الايداع بدار الكتب
٢٠٠٣/١٥٩٨١
الرقم الدولى: 0-4255-97704